Die Abtretbarkeit und Pfändbarkeit von Baugeldern.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

ACAD. LUGD.BAT. BIBL.

vorgelegt von

Wilhelm Meyer,
Diplom-Ingenieur.

Breslau 1913.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.
Ursulinerstraße 1.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Herrn Stadtbauinspektor
Dr.-Ing. Trauer

in Dankbarkeit zugeeignet.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung. Seite

§ 1. Der Inhalt des Baugeldervertrages 7
§ 2. Die allgemeinen Vorschriften über die Zulassung einer Abtretung. 8
§ 3. Die allgemeinen Vorschriften über die Zulassung einer Pfändung 9

Die Abtretbarkeit.

Erster Teil.

Die Bedeutung der Darlehnsnatur des Baugeldervertrages.

1. Der Darlehnsvertrag ein Real- oder ein Konsensualvertrag.

§ 4. A. Einleitung. 11
§ 5. B. Die Bedeutung der res bei Verträgen. 12
§ 6. a) Die res als Formerfordernis der Gültigkeit. 12
b) Die res als Formerfordernis der Qualität . 13
§ 7. α) Die Naturnotwendigkeit der Rückgabeverpflichtung 13
§ 8. β) Die Rückgabeverpflichtung als modus . 15
§ 9. γ) Die Art der Vertragsschließung als Entscheidungsmerkmal für die Vertragsnatur 16
§ 10. C. Die Auffassung des Darlehnsvertrages als Konsensualvertrag. 17
§ 11. 2. Der Darlehnsvertrag ein Vor- oder Hauptvertrag 19
§ 12. 3. Der Baugeldervertrag ein Vor- oder Hauptvertrag 23

4. Der Baugeldervertrag ein einseitiger oder gegenseitiger Vertrag.

§ 13. A. Einleitung. 29
§ 14. B. Die gegenseitigen Verträge 30
§ 15. C. Der Baugeldervertrag ein gegenseitiger Vertrag 34
§ 16. 5. Die Abtretbarkeit der Baugelddarlehnsforderung 36

Zweiter Teil.

Seite

Die Bedeutung der Zweckbestimmung des Baugelddarlehns.

§ 17. 1. Die grundsätzliche Regelung der Abtretbarkeit 40
§ 18. 2. Die Abtretbarkeit an Baugläubiger 44
§ 19. 3. Die Abtretbarkeit an dritte, nicht am Bau beteiligte Personen 48
§ 20. 4. Die Baugläubiger 54

Dritter Teil.

Die Bedeutung der Sicherstellung des Rückerstattungsanspruches.

§ 21. 1. Einleitung 56
2. Nachträgliche Abänderung des Baugeldervertrages.
§ 22. A. Die Sicherstellung durch Bestellung einer Hypothek 57
§ 23. B. Die Sicherstellung durch Bestellung einer Grundschuld 61
§ 24. C. Die Sicherstellung durch Übertragung des Eigentums nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues 62
§ 25. 3. Die Erfüllung einer abgetretenen Forderung als Vertragsänderung 63
§ 26. 4. Ergebnis 66

§ 27. Die Pfändbarkeit 66

Einleitung.

§ 1.

Der Inhalt des Baugeldervertrages.

Durch den Baukapitalsvertrag verpflichtet sich jemand, einem anderen ein Darlehn zu geben mit der Bestimmung, daß das Geld für die Errichtung eines Baues verwendet werden soll. Der andere übernimmt die Verpflichtung, den Bau zu errichten, hierzu das versprochene Geld zu verwenden und als Sicherheit für die Rückgabe des Darlehns eine Hypothek an dem zu bebauenden Grundstücke zu bestellen oder eine Grundschuld eintragen zu lassen. Die Sicherheit kann auch in der Weise gewährt werden, daß die Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke erst nach gänzlicher oder teilweiser Fertigstellung des Baues erfolgen soll.

Zum Inhalte des Vertrages gehört es gewöhnlich, daß das versprochene Darlehn in Teilbeträgen ausgezahlt wird, die für die Ausführung gewisser Bauarbeiten von vornherein bestimmt sind, und die erst nach Fertigstellung der einzelnen Bauabschnitte vom Geldgeber ausgezahlt werden. Der Geldgeber hat es in der Hand, sich so durch Zerlegung des versprochenen Darlehns in möglichst viele Teilbeträge leicht zu sichern, indem er sich stets von dem Fortgange der Bauarbeiten überzeugen und feststellen kann, ob die den Teilbeträgen entsprechenden Bauarbeiten tatsächlich geleistet sind. Die Bestellung der Sicherheit geschieht schon vor Beginn des Baues für die ganze versprochene Darlehnssumme. In den meisten Fällen findet auch eine sofortige Verzinsung der gesamten für den Bau versprochenen, obwohl

noch nicht oder doch noch nicht vollständig ausgezahlten Darlehnssumme statt.

Zum wesentlichen Begriffsmerkmale des Baugeldervertrages gehört es, daß das versprochene Geld als Darlehn gegeben wird. Zwar gibt das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen vom 1. Juni 1909 keine Begriffsbestimmung des Baugeldervertrages; daß es sich aber bei der dem Baugeldempfänger obliegenden Verwendungspflicht (§ 1 Abs. 1) nur um darlehnsweise gewährte Gelder handelt, folgt daraus, daß das Gesetz (§ 1 Abs. 3) die Art der Sicherung der Ansprüche des Geldgebers zu einem Merkmal für die Annahme der Eigenschaft als Baugeld macht, also einen Anspruch des Geldgebers auf Rückerstattung des Baugeldes voraussetzt.[1])

§ 2.

Die allgemeinen Vorschriften über die Zulassung einer Abtretung.

Grundsätzlich sind alle Ansprüche auf Vermögensleistungen, insbesondere also Forderungsrechte und die durch die Verletzung dinglicher Rechte entstandenen Ansprüche abtretbar. Auch Forderungen aus gegenseitigen Verträgen sind abtretbar; doch kann dabei der neue Gläubiger nicht mehr Rechte erwerben, als dem bisherigen Gläubiger zugestanden haben, und der Schuldner kann dem neuen Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, die zurzeit gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren (§ 404 B.G.B.). Nach § 399 B.G.B. kann dagegen eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes erfolgen kann, oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Weiterhin sind nach § 400 nicht pfändbare Forderungen auch nicht abtretbar.

Nach diesen allgemeinen Gesichtspunkten ist bisher die Frage der Abtretbarkeit von Baugeld beurteilt worden. Da

[1]) Mügel in Gruchots Beiträgen, Bd. 54, S. 3.

das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen die Abtretung nicht regelt, so sind auch weiterhin die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches für die Zulassung der Abtretung maßgebend. Das B.S.G. gibt zwar in § 2 Nr. 5 eine Vorschrift bezüglich der Eintragung einer Abtretung in das Baubuch, regelt damit die Zulassung derselben aber nicht.

§ 3.

Die allgemeinen Vorschriften über die Zulassung einer Pfändung.

Während durch die Zession einer Geldforderung der Zedent die unmittelbare Befriedigung des dem Zessionar gegen den Zedenten zustehenden Anspruches herbeiführt, bewirkt die Pfändung einer dem Schuldner gegen den Drittschuldner zustehenden Geldforderung keine Befriedigung des Pfandgläubigers, sondern zunächst nur eine Sicherung des Anspruches. Der Pfandgläubiger kann aber, wenn keine andere Befriedigung seiner Forderung erfolgt, die gepfändete Geldforderung zu seiner Befriedigung benützen.

Während die Zession durch den einfachen Vertrag zwischen dem Zedenten und dem Zessionar zustande kommt, erfordert die Pfändung das Vorhandensein eines vollstreckbaren Titels. Somit handelt es sich, soweit eine Befriedigung aus der gepfändeten Geldforderung stattfindet, um die zwangsweise Befriedigung eines Anspruches gegen den Schuldner.

Im Gegensatze zur Zession, die auch im römischen Rechte — wenn auch nur nach langer Entwicklung — zugelassen wurde, hat die Pfändung einer Geldforderung im römischen Rechte keine rechte Bedeutung erlangt. Hellwig[2]) charakterisiert die römische Pfändung von Forderungen in 3 Sätzen:

1. Sie erzeugte kein Pfandrecht in dem Sinne des Konventionalpfandrechts, sondern lediglich eine Beschlagnahme (interdictio).

[2]) Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen, S. 99

2. Die Forderung konnte nicht, namentlich nicht durch den Gläubiger, e i n g e k l a g t werden.
3. Und d e s h a l b wurden nur nomina confessa gepfändet.

Im gemeinen Rechte wurde der letzte Satz nicht beachtet und dem Gläubiger durch die Pfändung das Recht der Einklagung gegeben.[3])

Im heutigen Rechte wird die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte durch die §§ 828 bis 863 Z.P.O. geregelt.

Bezüglich der Pfändung einer Geldforderung bestimmt § 829 Z.P.O., daß das Gericht an den Drittschuldner ein Verbot der Zahlung an den Schuldner zu erlassen hat, und daß an den Schuldner das Gebot zu erlassen ist, sich jeder Verfügung über die Forderung zu enthalten. Durch diese Pfändung entsteht für den Drittschuldner noch keine Verpflichtung, an den Pfändungsgläubiger zu zahlen, diese entsteht vielmehr erst dadurch, daß er sich nach § 835 Z.P.O. die gepfändete Forderung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwerte überweisen läßt. Im letzteren Falle geht die Forderung auf den Gläubiger mit der Wirkung über, daß derselbe, soweit die Forderung besteht, wegen seiner Forderung an den Schuldner als befriedigt anzusehen ist.

Durch die letztere Art der Überweisung wird somit dieselbe Wirkung erzielt wie durch die Abtretung.

Bezüglich der Zulassung der Pfändung von Forderungen bestimmt § 851 Z.P.O., daß eine Forderung in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung nur insoweit unterworfen ist, als sie übertragbar ist.

Durch diese Vorschrift wird in der vorliegenden Bearbeitung die Abtretbarkeit und Pfändbarkeit einer Forderung in eine so wesentliche Beziehung zueinander gebracht, daß sich mit der Zulassung oder Verneinung der Abtretbarkeit auch die Zulassung oder Verneinung der Pfändbarkeit

[3]) Hellwig a. a. O., S. 100.

ergibt. Ob im allgemeinen Bedenken gegen die gleichartige Behandlung von Abtretung und Pfändung bezüglich ihrer Zulassung bestehen, ist hier nicht zu untersuchen.

Nach den Motiven[4]) walten gegen die Regel, daß eine Forderung, welche nicht übertragen werden kann, auch der Pfändung nicht unterworfen ist, sachliche Bedenken nicht ob.

Auch für vorliegende Bearbeitung wird sich zeigen, daß zwischen Abtretung und Pfändung bezüglich ihrer Zulassung keine Unterschiede zu machen sind.

In der Rechtsprechung und in der Literatur werden allgemein die Fragen der Abtretbarkeit und der Pfändbarkeit als zusammengehörig betrachtet. Vergl. hierzu die Literatur auf S. 48.

Die Abtretbarkeit.

Erster Teil.

Die Bedeutung der Darlehnsnatur des Baugeldervertrages.

1. Der Darlehnsvertrag ein Real- oder ein Konsensualvertrag.

§ 4.

A. Einleitung.

Um die Abtretbarkeit von Baugelderforderungen beurteilen zu können, ist es unerläßlich, die juristische Natur des dem Baugeldervertrage zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes, als das in § 1 das Darlehn erkannt ist, zu erfassen. Die seit ihrem ersten Autreten viel umstrittene Frage nach dem Vertragscharakter des Darlehns (ob das Darlehn ein Real- oder ein Konsensualvertrag sei), bedarf hier einer Beantwortung nur insoweit, als dies für die Charakterisierung des Baugelddarlehns erforderlich ist. Indessen ist ein näheres Eingehen auf die Vertragsnatur des Darlehns deshalb nicht

[4]) Bd. II. § 296, S. 123.

zu umgehen, weil nur hierdurch grundsätzliche Bedenken über die Zulassung der Abtretbarkeit der Baugeldforderungen geklärt und erforderlichen Falles beseitigt werden können.

§ 5.

B. Die Bedeutung der res bei Verträgen.

Beim Abschlusse von Verträgen können die sich in ihnen ausdrückenden Willenserklärungen eine Bedeutung von verschiedener Tragweite in bezug auf die Vertragsgültigkeit haben. Die Bedeutung kann sein, daß die Willenseinigungserklärungen allein genügen, um klagbare Ansprüche hervorzubringen. Sie kann aber auch sein, daß die Erklärungen nur in Gemeinschaft mit in der Außenwelt sich abspielenden Erscheinungen klagbare Ansprüche erzeugen sollen.

Wenn man nun die den Vertrag betreffende Sachleistung, eine res, für den Abschluß des Vertrages eine Bedeutung beimißt, so kann dies geschehen dadurch, daß die res den Abschluß nur beweisen soll (etwa wie ein Schuldschein Beweismittel für ein Darlehn ist), oder aber daß die res vertragsbestimmende Wirkung ausübt. Diese kann darin bestehen, daß

ohne die res kein Vertrag oder

ohne die res ein anderer Vertrag als mit der res entsteht.

In den beiden Fällen, wo die res vertragsbestimmend wirkt, ist sie formales Erfordernis und zwar in dem Falle, daß ohne die res kein Vertrag entsteht, Formerfordernis der Gültigkeit, der Errichtung, und in dem Falle, daß ohne die res ein anderer Vertrag als mit der res entsteht, ein Formerfordernis der Qualität.[1])

§ 6.

a) Die res als Formerfordernis der Gültigkeit.

Bei der Auffassung der res als Formerfordernis der Gültigkeit hat die res für das Zustandekommen des Ver-

[1]) Adler in Iherings Jahrbüchern, Bd. 31, S. 190.

trages eine ausschlaggebende Bedeutung. Das Fehlen der res hat die Nichtigkeit des ganzen Geschäftes zur Folge; eine der Übergabe der res vorausgegangene Einigung der vertragschließenden Parteien ist unverbindlich und jederzeit einseitig widerruflich. Die res bildet daher den Rechtsgrund zur Erzeugung eines klagbaren Anspruches. Der Empfänger einer Darlehnssumme ist nicht deshalb zur Rückgabe der Summe verpflichtet, weil eine der Übergabe der Darlehnssumme vorausgegangene Willenserklärung stattgefunden hat, sondern weil die Darlehnssumme dem anderen übergeben worden ist.

Eine derartige einseitige Betonung der res für die Bedeutung des Vertragsabschlusses hat nie stattgefunden, sondern stets ist neben der Übergabe der res auch die Willenseinigung der Parteien gefordert worden.

Soll die hier dargestellte Bedeutung der res heute bestehen, so müßte sie bei der heutigen Formfreiheit der Verträge auf positiver Gesetzesvorschrift beruhen. Für den Darlehnsvertrag besteht eine solche Vorschrift nicht.

b) Die res als Formerfordernis der Qualität.

§ 7.

α) **Die Naturnotwendigkeit der Rückgabeverpflichtung.**

Unter denjenigen Schriftstellern, welche in der res ein Formerfordernis der Qualität sehen, treten diejenigen hervor, welche das Dasein der Realkontrakte auf Naturnotwendigkeit zurückführen wollen.

Nach Eisele[2]) hat das subjektive Wollen der Parteien, vor dem Empfang nicht gebunden zu sein, seinen Grund in etwas Objektivem. Dieses Objektive liegt in dem Inhalte der Verpflichtung, nämlich Rückgabe nach Hingabe, und ist der Grund, weshalb die römischen Realkontrakte auch heute noch als Realkontrakte gestaltet werden müssen. Aus der natürlichen Tatsache, daß Rückgabe ohne Hingabe unmöglich ist, wird gefolgert, daß eine Verpflichtung zur Rückgabe eine

[2]) Eisele, Zeitschrift für schweizer. Recht. N. F. Bd. 3, S. 15.

Verpflichtung zu etwas Unmöglichem und darum nichtig ist.[3])

Hier tritt mit Deutlichkeit das objektive Element des Darlehnsvertrages zutage, denn mit dem Satze wird behauptet, daß das Verpflichtetsein w o l l e n des Empfängers zurücktreten muß vor dem Verpflichtetsein k ö n n e n.

Das objektive Element des Darlehnsvertrages wird folgendermaßen begründet:[4])

Bei einem Darlehnsvertrage ist das Obligiertwerden des Empfängers der durch die Eigentumsübertragung zu erreichende Zweck der Vermögensverschiebung und diese Zweckvorstellung der Grund des dare. Der obligatorische Vertrag, das Obligiertwerden, und der dingliche Vertrag, die Eigentumsübertragung, stehen im Verhältnis von Zweck und Mittel zueinander und sind Bestandteile eines einheitlichen Geschäftes.[5])

Weil der Zweck der Hingabe ein obligatorischer Vertrag ist und dieser nur durch das Mittel der res als Bestandteil des einheitlichen Geschäftes erreicht werden kann, muß der Vertrag ein Realvertrag sein.

Daß dieses hier dargestellte Verhältnis letzten Grundes auf dem beiderseitigen Willen der Parteien beruht,[6]) wird zwar auch von Eisele anerkannt, der Wille wird aber auf seiten des Gläubigers durch das Müssen des Eigentumsüberganges und auf seiten des Schuldners durch die datio und den Willen des Gläubigers (obligandi causa) beherrscht.

---

[3]) Brinz (Krit. Blätter, S. 25) hatte behauptet: Die Rückgabe setzt Hingabe voraus; die Verpflichtung zur Rückgabe setzt keine Hingabe voraus.

[4]) Der Auffassung von Eisele hat sich von Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen Privatrechtes, Bd. 1, angeschlossen, welcher die Argumente Eiseles „lichtvoll" und „überzeugend" (S. 43) nennt.

[5]) Eisele a. a. O., S. 13.

[6]) Eisele a. a. O., S. 14, „In die angegebenen Bestandteile und in das angegebene Verhältnis beider zueinander konsentieren b e i d e Parteien."

In dieser Voransetzung des Müssens vor der Willenseinigung der Parteien liegt m. E. der Fehler der Beweisführung, denn erst die Einigung der Parteien über die Bedeutung der Bestandteile des Rechtsgeschäftes eröffnet die Möglichkeit, daß die res als Mittel zum Zweck bei dem Geschäfte wirkt.

§ 8.

β) Die Rückgabeverpflichtung als modus.

Nach Brinz[7]) wurzelt das Erfordernis der res bei den römischen Verträgen zur Klagbarkeit der conventiones in dem altrömischen Gedanken der Gesetzgebung des Herrn über seine Sache. Auch der Darlehnsgeber macht von seinem Herrenrechte Gebrauch, indem er die datio mit einem modus verbindet, wodurch die obligierende Wirkung der Rückgabe herbeigeführt wird. Der modus und seine Annahme bilden ein Übereinkommen, den obligatorischen Vertrag, der in Verbindung mit dem dinglichen Geschäfte der Eigentumsübertragung der res ein Geschäft ausmacht.[8]) In dem Geschäfte ist die res die Hauptsache, weil ihretwegen der modus da ist; deshalb ist das dare selbst ein Vertrag, ein Realvertrag.[9])

Auch Windscheid[10]) sieht in der Obligierung des Empfängers eine Auflage.

Die hier dargestellte Auffassung ist von Lammfromm[11]) widerlegt worden dadurch, daß die Auflage keinen Anspruch darauf hat, als allgemeine rechtsgeschäftliche Bestimmung betrachtet zu werden.

Die Auflage ist keine lex suae rei dicta, als die sie Brinz[12]) auffaßt, ihre obligierende Wirkung ist nicht zurückzuführen auf die res, nicht auf die Dispositionsmacht des Herrn über seine Sache.[13])

---

[7]) Krit. Blätter, Bd. 1, S. 31.
[8]) Brinz, Pandekten II 1, § 248.
[9]) Krit. Blätter, S. 32.
[10]) Pandekten II, § 370.
[11]) Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag, S. 169.
[12]) Pandekten IV, S. 230 ff.
[13]) Lammfromm, S. 171.

Vielmehr ist modus nur ein Nebenzweck zu einseitigen Zuwendungen; der Charakter des Geschäftes wird durch den Hauptzweck der Zuwendungen bestimmt.[14])

§ 9.

γ) **Die Art der Vertragsschließung als Entscheidungsmerkmal für die Vertragsnatur.**

In auffallendem Gegensatze zu den bisherigen Auffassungen über den Charakter des Darlehnsvertrages steht die Ansicht, welche einen Einfluß der Realkontraktsnatur auf das Wesen des Darlehnsvertrages nicht anerkennt und den Vertragscharakter nach der Art der Vertragsschließung bestimmt. Nach Kohler[15]) kann das Darlehn, wie Kauf und Miete, Vereinbarungs- (Konsensual-) oder Übergabe- (Real-) Vertrag sein. Es ist wie dort möglich, daß die Wertleistung gegen Rückversprechen sofort stattfindet; es ist aber auch möglich, daß Versprechen und Rückversprechen erfolgen und daraufhin das Versprechen des Darleihers durch Hingabe des Wertes erfüllt wird.

Nach Cosack[16]) kommt das Darlehn regelmäßig, nicht immer als Realvertrag zustande, wobei die tatsächliche Übertragung der Darlehnssachen das Merkmal des Realvertrages ist.

Hiermit hat sich die Bedeutung der res gegenüber früheren Auffassungen vollständig verändert, und es wird die Gültigkeit des Vertrages allein auf die Willenseinigung der Parteien zurückgeführt. Indessen ist diese Auffassung keineswegs allgemein, vielmehr wird mit überwiegender Mehrzahl an der Realkontraktsnatur des Darlehns, wenn auch in anderer Bedeutung als früher, festgehalten.[17]) Nach Endemann[18]) ist in den Fällen der Realverträge die Übergabe einer Sache das materielle Erfordernis zur

[14]) Dernburg, Pandekten II, § 115.
[15]) Bd. II, § 128, S. 337.
[16]) Bürg. Recht. Bd. I, § 142, S. 510.
[17]) Staudinger, B.G.B., Vorbem. zu § 607.
[18]) Lehrbuch d. bürg. Rechtes, § 183, Note 1.

Begründung einer Schuldverpflichtung. Bei den Realverträgen wird der Sachleistung die Form zugewiesen, den obligatorischen Verpflichtungsgrund auszuprägen.[19])

§ 10.

C. Die Auffassung des Darlehnsvertrages als Konsensualvertrag.

Wird die Art der Vertragsschließung (vergl. § 9) als Charakterisierung des Darlehnsvertrages angesehen, so kommt der res nur noch eine untergeordnete Stellung zu, da sich die rechtlichen Folgen aus einem anderen Tatbestande ergeben. Dieser Tatbestand ist die Willenseinigung der Parteien. Bei der Herleitung der verschiedenen Vertragstheorien wird zur Voraussetzung gemacht, daß im Falle einer nicht bindenden Abrede[20]) über die Hingabe einer Sache als Darlehn bei der Hingabe der Sache doch die Absicht des Geldgebers erkennbar geworden ist, die Sache als Darlehen zu geben, folglich die Rückleistung zu fordern.

Die Bedeutung dieser zutage tretenden Absicht wird bei den verschiedenen Theorien fast gänzlich außer acht gelassen oder doch nicht genügend gewürdigt.

Für die Natur der entstehenden Verpflichtungen muß es gleichgültig sein, ob die Absicht, das Geld als Darlehen zu geben, vor, bei oder nach der Auszahlung für den Geldempfänger erkennbar wird; wesentlich ist nur, daß sie überhaupt erkennbar wird, denn ohne die Erkennbarkeit der mit der Geldzahlung verbundenen Absicht kann die Geldzahlung rechtlich nicht charakterisiert werden, ist sie rechtlich nicht beachtenswert. Auch im Falle, daß sich die Rückgabeverpflichtung des Geldnehmers als modus darstellt, wird die vom Geldgeber dem Geldnehmer übergebene Summe noch keine Darlehnssumme, solange die mit der Geldzahlung verbundene Absicht für den Geldnehmer noch nicht erkennbar gemacht worden ist, sondern auch diese Theorie verlangt für das Zustandekommen des Darlehns-

[19]) Endemann, Lehrb. d. b. R., § 104.

[20]) Eisele, S. 8.

vertrages die Annahme als Darlehn. Diese und die Naturnotwendigkeitstheorie müssen anerkennen, daß im Falle einer Geldzahlung, bei der die Absicht, als Darlehn zu zahlen, erst nach der Zahlung erkennbar wird, der Darlehnsvertrag nicht entsteht, wenn nun sofort der Geldnehmer die Zahlung als Darlehn zurückweist.[21]) Hier wird somit ohne weiteres dem Willen des Geldnehmers eine Bedeutung beigemessen. Das Entscheidende ist hier also nicht, daß der Geldgeber das Geld als Darlehen geben will, sondern daß der andere das Geld nicht als Darlehen will. Warum soll nun hier der Wille des Geldnehmers von Bedeutung sein und in dem Falle, wenn er das Geld als Darlehn annimmt, nicht[22]) oder doch zurücktreten vor der einseitigen an die res geknüpfte Rückgabeverpflichtung, die sich nun als modus äußern oder aus Naturnotwendigkeit ergeben möge? Auch in diesem Falle ist der Wille des Geldnehmers das Entscheidende: Den rechtlichen Charakter erhält das Rechtsgeschäft erst durch die Willenserklärungen, das Geld zu geben, anzunehmen, die Geldsumme in gleicher Höhe zurückzuzahlen und die Rückzahlung anzunehmen. Die Willenseinigung der Parteien ist es,[23]) wodurch eine gezahlte oder zu zahlende Summe zur Darlehnssumme wird. Dies ist stets der Fall, gleichgültig, ob die Willenseinigung sich vor, bei oder nach der Hingabe des Geldes vollzieht. Dies ist auch der Grund, weshalb eine aus einem anderen Grunde geschuldete Summe (§ 607 Abs. 2 B.G.B.) in eine

[21]) Vergl. hierzu Lammfromm, S. 175.

[22]) Eisele, S. 22: Bei der einen Klasse der Verträge bringt es die Beschaffenheit der Leistung mit sich, daß die Verpflichtung erst re entsteht, weil sie nämlich auf Rückgabe von etwas Anvertrautem geht; der Parteiwille ordnet sich dem unter, daher sind diese Kontrakte nicht kraft des Parteiwillens, sondern von Rechts wegen Realkontrakte.

[23]) von Holtzendorff, Enzyklopädie, Bd. I, S. 370: Es gibt keine Realkontrakte im römischen Sinne mehr. Die Gültigkeit der Verträge beruht stets nur auf der Willenseinigung. Die Hingabe der Sache ist nicht mehr der Rechtsgrund der Klagbarkeit, sondern nur Element der faktischen Perfektion.

Darlehnssumme umgewandelt werden kann. Welche Zwecke, wirtschaftliche oder rechtliche, auch mit der Hingabe des Geldes verbunden werden, und welche Stellung die res hierbei hat, maßgebend sind immer die Willenserklärungen, welche den Rechtsgeschäften ihren Charakter verleihen, und Zweck und Mittel können rechtlich nur soweit berücksichtigt werden, als sie zur Offenbarung des Parteiwillens dienen.

§ 11.

2. Der Darlehnsvertrag ein Vor- oder Hauptvertrag.

Im engen Zusammenhange mit der Frage nach der Real- oder Konsensualvertragsnatur ist die Frage behandelt worden, welches die Natur eines Vertrages ist, der die Hingabe einer Summe als Darlehn zum Gegenstande hat, und in welchem Verhältnisse ein solcher Vertrag zum Darlehnsvertrage, bei dem eine sofortige Auszahlung der Darlehnssumme erfolgt, steht.

Es kann heute unbestritten behauptet werden, daß wegen der Formfreiheit der Verträge ein Vertrag Gültigkeit hat (soweit die Voraussetzungen über die Zulassung von Verträgen überhaupt vorliegen), der den Abschluß eines anderen Vertrages zum Gegenstande hat. Solche Verträge hat man Vorverträge genannt. Der Vertrag, auf dessen Abschluß der Vorvertrag gerichtet ist, führt die Bezeichnung Haupt- oder Erfüllungsvertrag.

Der Vorvertrag wird gekennzeichnet durch die Absicht, eine rechtliche Verpflichtung zur Eingehung eines Vertrages, sei es für beide Teile oder für einen derselben, zu begründen.[24]) Er enthält die rechtsgeschäftliche Willensbestimmung über sämtliche den Hauptvertrag betreffende Punkte.[25]) Letztere Eigentümlichkeit ist es, welche zu der Frage Veranlassung gibt, ob der Vorvertrag nicht der Hauptvertrag selbst sei.

Diese Frage ist für den Darlehnsvertrag von hervorragender Bedeutung geworden. Im Zusammenhange mit

[24]) Regelsberger in W. Endemanns Handbuch 2, S. 417.

[25]) Endemann, Lehrbuch 1_2, § 106.

der Real- und Konsensualvertragstheorie ist von den Anhängern der Realvertragstheorie behauptet worden, daß selbst im Falle der gegenseitigen Bindung über Hingabe und Annahme eines Darlehns ein mit dem Darlehnsvertrage nicht identischer Vertrag zustande käme,[26]) während die Anhänger der Konsensualtheorie in einem solchen Vertrage den Darlehnsvertrag selbst sehen auch dann, wenn sich nur der eine Teil der Vertragschließenden fest gebunden hat.[27])

Das B.G.B. behandelt in der Fassung des § 607 einen Vertrag, bei dem neben der Willenseinigung der Parteien noch eine Leistung erfolgt sein muß. („Wer Geld . . . empfangen hat.") Weiterhin hat das B.G.B. in § 610 Bestimmungen für einen Vertrag gegeben, der das Versprechen einer Darlehnshingabe zum Gegenstande hat.

Diese Fassung hat zunächst zu der Behauptung Veranlassung gegeben, daß hiermit eine deutliche Kennzeichnung des Darlehnsvertrages als Realvertrag erfolgt sei. So Enneccerus[28]) und Oertmann.[29])

Nach den Motiven[30]) sollte die Frage, ob das Darlehn ein Real- oder Konsensualvertrag ist, nicht entschieden werden. Es sollte aber eine solche Gesetzesfassung gewählt werden, die zum Ausdrucke bringt, daß nur der Darlehns e m p f ä n g e r zur Rückgabe der Darlehnssumme verpflichtet sein soll.

Aus den Bestimmungen der §§ 607 und 610 ist weiter geschlossen, daß ein Vertrag, der die Hingabe einer Summe als Darlehn zum Gegenstande hat, ein Vorvertrag sei.

Für die Entstehung eines Anspruches aus § 607 B.G.B. wird nicht nur zur Voraussetzung gemacht, daß jemand etwas gegeben haben muß in der Absicht, dasselbe in

---

[26]) Cohn in W. Endemanns Handbuch 3, S. 856: Selbst die letztere Form (des Vertrages: pactum de mutuo dando et accipiendo) fällt nicht mit dem Darlehnsvertrage selbst zusammen.

[27]) Vergl. Kohler, Bd. II, S. 234.

[28]) B.G.B., § 361, Note 3.

[29]) R. d. Schuldverhältnisse, § 399, 2.

[30]) Bd. II, S. 306.

gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerhalten, sondern auch, daß der Empfänger es in der Absicht angenommen hat, das Gegebene in der bezeichneten Weise zurückzugeben. Das letztere ist im Gesetze aber nur mit den Worten „Darlehn“ und „Darleiher“ zum Ausdrucke gebracht, dagegen ist über das zeitliche Verhältnis der zur Voraussetzung gemachten Willenseinigung zur realen Leistung nichts bestimmt; sie kann der Hingabe der Sache vorangehen, nur muß die Hingabe wirklich erfolgen, wenn ein Anspruch aus § 607 B.G.B. entstehen soll.

Daß durch die Fassung des § 607 B.G.B. die Willenseinigung der Parteien nicht als vernachlässigt gelten soll, folgt daraus, daß ein Rückforderungsanspruch aus § 607 B.G.B. nicht entsteht, wenn zwar der Geldgeber das Geld als Darlehn gegeben, der Geldnehmer es aber nicht als Darlehn angenommen hat.

Diese Tatsache gibt zu folgender Auffassung Veranlassung für den Fall, daß die Hingabe einer Summe als Darlehn versprochen ist, und daß sich beide Parteien, die eine zur Hingabe und die andere zur Annahme, verpflichtet haben.

Da mit der Annahme einer Geldsumme als Darlehn auch die Übernahme der Verpflichtung zur Rückzahlung verbunden ist, so muß notwendig mit der Verpflichtung, eine Summe als Darlehn nehmen zu wollen, auch die Rückgabeverpflichtung entstehen, ganz gleichgültig, wann einmal die Auszahlungspflicht des Geldgebers eintritt, denn diese Verpflichtung ist für die rechtliche Charakterisierung des Rechtsgeschäftes unentbehrlich.

Läßt man diese Annahme nicht zu, so müßte die Zahlung der Geldsumme die Bedeutung haben, daß sie die Erfüllung eines Vertrages und gleichzeitig die Schließung eines neuen Vertrages wäre. Der Vertrag, welcher erfüllt werden sollte, hätte die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande, aber nicht einer Darlehnssumme, sondern einer einfachen, charakterlosen Geldsumme. Für das Zustandekommen des zu schließenden Darlehnsvertrages wäre es dann, da doch

das Gesetz auch die Willenseinigung über die Zurückerstattung voraussetzt, erforderlich, die Wirkung der Willenseinigung über die Rückerstattung — wenn solche bei Schließung des (angeblichen) Vorvertrages erfolgt wäre — auf den Zeitpunkt der Darlehnshingabe zu verlegen, oder aber es müßte eine nochmalige Willenseinigung bei der Hingabe stattfinden. So würde dann im ersten Falle eine künstliche Trennung der Rückgabeverpflichtung vorgenommen sein. Diese Auffassung entspricht aber durchaus nicht der des B.G.B., denn wie oben ausgeführt, bestimmt § 607 B.G.B. über das zeitliche Verhältnis der Willenseinigung zur Darlehnshingabe nichts.

Die weitere Folge der Annahme des Vorvertrages wäre die, daß, wenn der zum Abschlusse des Vertrages Verpflichtete zu zahlen sich weigerte, ein gerichtliches Urteil den Hauptvertrag für abgeschlossen erklären müßte. Das ist ein Umweg, den der Verkehr nicht verträgt.[31])

So erweist es sich denn als unzulässig, einen beiderseits bindenden Vertrag über die Hingabe einer Summe als Darlehn deshalb, weil er sich mit einem vom Gesetze behandelten Vertrage deckt, sobald er von einer Seite erfüllt ist, als Vorvertrag zu behandeln. Dieser Vertrag, das Vereinbarungsdarlehn, ist ein durchaus selbständiger Vertrag, der zunächst mit der Bestimmung des § 607 B.G.B. in keiner Beziehung steht. Die Bedeutung des im § 607 bestimmten Vertrages ist vielmehr so zu erklären: Weil in der Mehrzahl der Fälle des täglichen Lebens, in denen es sich nur um sogenannte Gefälligkeitsdarlehen handelt, der Darlehnshingabe keine bindende Abrede vorausgeht, sondern Willenseinigung und Hingabe des Geldes einen Akt bilden, hat das Gesetz einen Vertrag regeln wollen, bei dem das Rechtsverhältnis schon eine reale Grundlage erhalten hat. Das Gesetz regelt nicht das Darlehn als Realvertrag, sondern es regelt e i n e n Realdarlehnsvertrag.

Die Konstruktion des Vorvertrages im Falle des Vereinbarungsdarlehns ist somit als überflüssig zu bezeichnen.

[31]) Kohler, Bd. II, S. 338, III.

Es entsteht mit dem Abschlusse des beiderseitig bindenden Vertrages über die Hingabe und Annahme eines Darlehns ein sofort und nach allen Seiten bindender Vertrag. Enthält dieser Vertrag die das Darlehn betreffenden Bestimmungen bereits vollständig, so ist er mit dem Darlehnsvertrage identisch.[32]) Er ist ein befristeter Vertrag: Die rechtlichen Wirkungen treten mit der Willenseinigung ein, ihre Geltendmachung wird aber bis zu einem gewissen Termine hinausgeschoben.

§ 12.

3. Das Baugelddarlehen ein Vor- und Hauptvertrag.

Bei dem Baugeldervertrage handelt es sich regelmäßig um einen Vertrag, bei dem die Erfüllung der vertraglichen Leistungen zeitlich von der beiderseits bindenden Vertragsabrede getrennt ist. Das dem Vertrage zugrunde liegende Rechtsgeschäft ist ein Darlehnsvertrag, der mit der beiderseitigen Willenseinigung seine Gültigkeit erhält. Das Darlehn ist also ein Vereinbarungsdarlehn mit beiderseitiger Bindung.

Es hat sich gezeigt, daß bei einem Vereinbarungsdarlehn mit beiderseitiger Bindung der Parteien die Notwendigkeit, diesen Vertrag als einen Vorvertrag anzusehen, nicht besteht. Es ist zu untersuchen, ob der Baugeldervertrag die Annahme eines Vorvertrages erforderlich macht.

Nach der Verkehrsauffassung dürfte wohl niemand der Vertragskontrahenten, welche einen Baugeldervertrag abschließen, der Meinung sein, daß sie mit dem Abschlusse des Vertrages nur einen Vorvertrag abgeschlossen haben, der auf Erfüllung eines anderen gerichtet ist. Ebenso dürften beide bei Zahlung der versprochenen Geldraten der Meinung sein, daß sich der Geldgeber mit der Zahlung von einer Verpflichtung befreit und nicht, daß durch die Zahlung ein neuer (der Haupt-) Vertrag geschlossen wird. Doch könnte diese Auffassung nicht maßgebend sein, wenn

[32]) Seufferts Archiv, Bd. 22, Nr. 121.

sich aus rechtlichen Gründen die Notwendigkeit der Trennung zwischen Vorvertrag und Hauptvertrag ergibt. Indessen besteht diese Notwendigkeit nicht nur nicht, sondern es lassen sich sehr gewichtige Gründe für die Behandlung des Vertrages als eines selbständigen Vertrages geltend machen.

Vor der Hingabe des Geldes seitens des Geldgebers stehen sich nach Abschluß des Vertrages gegenüber:

1. auf seiten des Geldgebers: die Verpflichtung der Hingabe des Geldes und
2. auf seiten des Geldnehmers:
   a) die Verpflichtung zur Ausführung des Baues,
   b) die Verpflichtung zur Bestellung der Sicherheit,
   c) die Verpflichtung zur Zinszahlung.[33])

Wollte man einen Vor- und einen Hauptvertrag unterscheiden, so könnte der Vertrag nur in bezug auf die Verpflichtung 1 und allenfalls auf die Verpflichtung 2 c als ein Vorvertrag angesehen werden. Letzteres (in bezug auf 2 c) ist aber nicht der Fall, wenn für die zu zahlenden Raten schon vor ihrer Auszahlung Zinsen gezahlt werden. In bezug auf die Verpflichtungen 2 a und 2 b kann dagegen notgedrungen nicht von einem Vorvertrage geredet werden, da diese erfüllt werden müssen, ehe die Hingabe des Geldes erfolgt, und nach dem Begriffe des Vorvertrages hat dieser ja nur die Schließung des Hauptvertrages, aber nicht schlechthin Leistungen zum Gegenstande.

So würde sich denn ergeben, daß der Baugeldervertrag in einer Beziehung (Verpflichtung 1) bezw. zwei Beziehungen (Verpflichtung 1 und 2 c) als ein Vorvertrag und in drei bezw. zwei Beziehungen als ein selbständiger Vertrag anzusehen wäre. Diese Konstruktion ist als zwecklos

---

[33]) Die auf seiten des Geldnehmers durch den Vertrag entstehende Verpflichtung zur Rückzahlung der Darlehnssumme ist bei dieser Untersuchung nicht von Bedeutung, da zur Voraussetzung gemacht ist, daß der Vertrag wohl geschlossen, eine Ratenzahlung aber noch nicht erfolgt ist.

und als nicht dem Parteiwillen entsprechend zu verwerfen. Auch das Gesetz stellt nicht das Erfordernis einer Trennung.

Soll der Baugelderdarlehnsvertrag als ein Vorvertrag behandelt werden, so ist die Anwendbarkeit des § 610 B.G.B. zu untersuchen, da dieser Paragraph eine einschneidende Bedeutung bei der Zulassung für das Baugelderdarlehn hat. Es wird sich beweisen lassen:

1. Daß der Ausschluß der Anwendbarkeit des § 610 nicht im Widerspruche steht mit den Interessen des Baugeldgebers.
2. Daß die Anwendbarkeit des § 610 dem Rechte des Geldnehmers widerspricht.
3. Daß die Anwendbarkeit des § 610 den Wirtschaftsinteressen der Baugläubiger widerspricht.

Zu 1.:

Nach dem Parteiwillen soll eine Bindung des Baugeldgebers eintreten in dem Augenblicke, in dem der Vertrag geschlossen ist. Diese Bindung soll solange bestehen, wie der Baugeldnehmer seine Verpflichtungen erfüllt, insbesondere solange, wie er neben der Verzinsung die Arbeiten zur Fertigstellung des Baues betreibt. Zwar setzt der Abschluß des Baugeldvertrages von seiten des Geldgebers noch ein über die gewöhnlichen Verhältnisse eines einfachen Darlehnsvertrages hinausgehendes Maß von Vertrauen voraus, weil der Gegenstand der Haftung erst geschaffen werden soll, doch ist dies Vertrauen insoweit von den Vermögensverhältnissen des Baugeldnehmers unabhängig, als der Baugeldnehmer das Geld tatsächlich für die Herstellung des Baues verwendet, denn der Geldgeber gibt die Mittel für den Bau. Daher wird die Sicherheit des Geldgebers nicht gefährdet, solange trotz Verschlechterung der sonstigen Vermögensverhältnisse der Fortgang des Baues nicht beeinflußt wird.

Die Absicht des Geldgebers geht erst in letzter Linie auf eine Rückzahlung, denn, da das Geld für die Bauzwecke ausgegeben wird, rechnet der Geldgeber nicht auf die Rückzahlung, sondern auf eine pünktliche Zinszahlung. Es

erfolgt daher auch gewöhnlich eine sich auf einen längeren Zeitraum erstreckende unkündbare Festlegung der Hypothekenforderung. Will der Geldgeber wirklich eine Rückzahlung seines Geldes, so ist ihm bekannt, daß das Geld nur durch anderweitige Beschaffung einer Hypothek ausgezahlt werden kann.

Ein durch die Verschlechterung der Vermögenslage des Geldnehmers von dem Geldgeber gefaßter Entschluß, weitere Baugeldraten auf Grund des § 610 B.G.B. nicht mehr auszuzahlen, dürfte eine Gefährdung der Rückforderung der bisher gezahlten Baugeldraten mit sich bringen, denn es dürfte sehr zweifelhaft sein, ob das nur zum Teil fertig gestellte Bauwerk einen höheren Wert besitzt als das unbebaute Grundstück. Jedenfalls würde aber die durch die Verweigerung weiterer Baugeldraten entstehende Verzögerung in der Fertigstellung des Baues bedeutende Vermögensverluste zur Folge haben, die das Grundstück erheblich belasteten. Würde es nun infolge der Verweigerung weiterer Baugeldraten zur Zwangsversteigerung des Grundstückes kommen, so ist nicht anzunehmen, daß für das unfertige Gebäude ein Versteigerungserlös erzielt wird, der den wirklich aufgewendeten Kosten der Bebauung entspricht. Zwar würde in den Fällen, in denen sich der Baugeldgeber den Vorrang vor den Baustellenhypothekengläubigern hat einräumen lassen, der Baugeldgeber bei der Zwangsversteigerung in das noch nicht fertig bebaute Grundstück seine Befriedigung finden, ebenso wie in dem Falle, in dem der Geldgeber selbst der Verkäufer der Baustelle ist; in dem Falle aber, in dem der Vorrang nicht vorhanden ist und das Grundstück bis zur Grenze des wirklichen Wertes bereits belastet ist, dürfte der Baugeldgeber bei der Zwangsversteigerung in das unfertig bebaute Grundstück für seine geleisteten Raten schwerlich Befriedigung finden.

Es läßt sich hiermit behaupten, daß es im allgemeinen nicht im Interesse des Baugeldgebers liegt, wenn man die Anwendung des § 610 auf den Baugeldervertrag zuläßt. Es

ist indes nicht zu verkennen, daß durch den Ausschluß des § 610 die Rechtsstellung des Baugeldgebers verschlechtert wird. Da aber, wie sich weiter unten ergibt, der Baugeldervertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, so wird die Verschlechterung der Rechtsstellung nahezu wieder aufgehoben durch die Anwendbarkeit des § 321 B.G.B. Auch kann der Geldgeber auf Grund des § 325 weitere Zahlungen bei Nichtausführung der der Baugeldrate entsprechenden Arbeit verweigern und bei schuldhaftem Einstellen der Bauarbeiten vom Vertrage zurücktreten.

Zu 2.:

Aus demselben Grunde, wie die Anwendbarkeit des § 610 dem Interesse des Baugeldgebers nicht entspricht, und deshalb sein Ausschluß sich empfiehlt, so widerspricht die Zulassung des § 610 B.G.B. dem Interesse des Baugeldnehmers. Wenn der Baugeldnehmer die Verpflichtungen des Vertrages, soweit er Hauptvertrag ist (s. S. 24 und 25, Verpflichtung 2 a, 2 b, 2 c), erfüllt, und der Vertrag gibt dennoch, soweit er Vorvertrag ist, dem Baugeldgeber auf Grund nicht mit dem Bau in Beziehung stehender Verschlechterung der Vermögenslage ein Recht, die Erfüllung des Vorvertrages (d. i. die Darlehnshingabe) zu verweigern, so muß dies Recht als ein einseitiges Recht der Bevorzugung des Baugeldgebers bezeichnet werden. Es muß daher der Ausschluß des § 610 im Interesse des Baugeldnehmers gefordert werden.

Zu 3.:

Die an der Herstellung des Baues beteiligten Arbeiter und Lieferanten sind durch das Darlehnsversprechen des Baugeldgebers zu ihren Arbeiten und Lieferungen veranlaßt und rechnen nach Fertigstellung der den Baugeldraten entsprechenden Arbeiten auf eine Befriedigung aus der Baugeldrate. Sie sind an der Vollendung des Bauwerkes noch stärker interessiert als der Baugeldgeber, da in der Regel der Geldgeber das Geld nicht bis zur vollen Höhe der veranschlagten Baukosten gibt, und sie daher auf eine Befriedigung ihrer Forderungen aus den Einkünften

des Bauwerkes oder dem vorteilhaften Verkaufe desselben rechnen müssen. Eine vorzeitige Einstellung des Baues und zwangsweise Befriedigung der Forderungen hat aber gewöhnlich einen Ausfall der Handwerkerforderungen zur Folge. Vergl. dazu unten S. 46.

Aus den Ausführungen zu 1—3 ergibt sich, daß die einzige über das Darlehnsversprechen gegebene Bestimmung in § 610 B.G.B. für den Baugeldvertrag fallen gelassen werden muß. Es ist somit die Vorvertragsnatur des Baugeldvertrages zu verwerfen, die Trennung des Vertrages in Vorvertrag und selbständigen Vertrag wird entbehrlich.

Aus der Zusicherung des vollen Eigentums an den zu zahlenden Baugeldraten, eine Zusicherung, die auf Grund des Vertrages in ihrem Bestande von dem Willen des Zusichernden unabhängig ist, ergibt sich auf seiten des Versprechensempfängers ein Vermögenswert in Höhe des Geldwertes der zugesicherten Geldraten. Dieser Vermögenswert ermöglicht schon die Erreichung des wirtschaftlichen Darlehnszweckes,[34]) die Überlassung der Nutzung eines Kapitals, bevor das Geld tatsächlich ausgezahlt ist, da er die Veranlassung ist, andere zu Leistungen an den Versprechensempfänger zu bewegen mit der Aussicht, aus dem wirklichen Vermögenswerte (d. i. das ausgezahlte Baugeld) befriedigt zu werden.[35]) Aus der Erreichung des Baugelddarlehnszweckes vor der Auszahlung des Geldes ergibt sich

---

[34]) Vergl. Lammfromm, S. 74; v. Schey, S. 19 ff.

[35]) Als eine Spekulation kann dieses nicht bezeichnet werden, da der Vermögenswert für den Geldnehmer wirklich existiert. Es muß dies betont werden im Gegensatze zu andern Leistungen, die auch in Hoffnung auf Befriedigung stattfinden, bei denen aber die Grundlage der Hoffnung als ungewiß zu bezeichnen ist. Darum muß hier der Fall ausgeschlossen werden, daß der Darlehnssuchende im Vertrauen auf den Abschluß eines Darlehnsvertrages andere zu Leistungen veranlaßt. Hier wäre vor dem Abschlusse des Darlehnsvertrages der besprochene Vermögenswert noch nicht vorhanden.

eine Abhängigkeit des Zweckes zunächst nur von dem bindenden Charakter des Baugeldversprechens und damit der konsensuale Charakter des Baugelddarlehns.

4. Der Baugeldervertrag ein ein- oder gegenseitiger Vertrag.

§ 13.

A. Einleitung.

Zur Entscheidung der Frage nach der Ein- oder Gegenseitigkeitsnatur des Baugeldvertrages ist die Bedeutung der Zinszahlung, der Zweckbestimmung und der Sicherstellung zu würdigen.

In der juristischen Literatur[36]) wird übereinstimmend der Zins als eine Vergütung bezeichnet, die vom Schuldner einer Hauptleistung in bestimmten Quoten des Kapitals periodisch für den Gebrauch des fremden Kapitals zu zahlen ist.[37])

Je nachdem das Darlehn als Real- oder als Konsensualvertrag, als Vor- oder Hauptvertrag aufgefaßt wird, muß der Zinszahlung eine verschiedene Bedeutung zuerteilt werden.

Eisele,[38]) Oertmann,[39]) Endemann,[40]) Crome[41]) und andere betrachten jedes, auch das verzinsliche Darlehn als einen einseitigen Vertrag. Dagegen faßt Cosack[42]) das verzinsliche Darlehn als einen echten, gegenseitigen Vertrag auf. Nach Affolter[43]) ist das verzinsliche, nicht dagegen

---

[36]) Oertmann, Vorbem. zu § 246, 1; Endemann, I, § 122; Cosack, § 89; Crome, Bd. 2, § 149; Kohler, Bd. 2, S. 113; v. Schey, S. 18 und S. 130.

[37]) Über die Bedeutung des Zinses in der Volkswirtschaft vergl. v. Böhm-Bawak, Geschichte und Kritik der Kapitalzinstheorien und Positive Theorien des Kapitales. Ein Eingehen auf diesen Gegenstand erübrigt sich.

[38]) S. 31 ff.

[39]) Vorbem. 5 vor § 607.

[40]) I, § 184.

[41]) § 247, 3 b.

[42]) § 142, IV.

[43]) Arch. f. bürg. R., Bd. 26, S. 4.

das unverzinsliche Darlehn ein gegenseitiger Vertrag. In beiden Fällen ist die Gegenleistung in der Zinszahlung für den überlassenen Gebrauch zu sehen. Im Gegensatze hierzu betrachtet Kohler[44]) jedes Vereinbarungsdarlehn als einen gegenseitigen Vertrag. Damit stehen Hingabe und Rückgabe der Darlehnssumme im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung.

Um die Bedeutung der Zinszahlung beim Baugeldervertrage zu beurteilen, ist es erforderlich, die Natur der gegenseitigen Verträge näher zu untersuchen. Damit werden zugleich die Unterlagen für die Beurteilung der Zweckbestimmung der Baugelder und der Sicherstellung gewonnen.

§ 14.

B. Die gegenseitigen Verträge.

Bei der Unterscheidung zwischen ein- und gegenseitigen Verträgen geht man davon aus, daß es Verträge gibt, bei denen nur auf einer Seite der Vertragsparteien Verpflichtungen entstehen, und solche, bei denen auf beiden Seiten Verpflichtungen vorhanden sind, die in einem gewissen gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnisse zueinander stehen.

Nach dem Parteiwillen entsteht bei den gegenseitigen Verträgen die Verpflichtung auf der einen Seite nur, wenn die auf der anderen Seite gültig entsteht (genetisches Synallagma). Dieselbe Abhängigkeit zeigt sich beim Bestand der Obligationen: jede Obligation besteht nur, falls und solange die andere besteht. In bezug auf die Erfüllung kommt es darauf an, ob eine nähere Parteiabrede vorhanden ist. Ist über die Erfüllung nichts verabredet, so kann nach § 320 B.G.B. der eine seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern. Ist dagegen die eine Vertragspartei zur Vorleistung verpflichtet, so muß die Vorleistung erfolgen, es sei denn, daß nach dem Abschlusse des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des

[44]) Bd. 2, § 87.

anderen eine wesentliche Verschlechterung eingetreten ist (§ 321 B.G.B.).

Außer dieser gegenseitigen Abhängigkeit in bezug auf Entstehung, Bestand und Erfüllung der Forderungen und Verpflichtungen hat man auch die von den Parteien verfolgten Ziele und Zwecke zum Kennzeichen der gegenseitigen Verträge gemacht. Es ist jede Leistung, welche eine der Parteien verspricht, gerade das Ziel und der Zweck der von der anderen Partei versprochenen Gegenleistung; jede Partei gibt ihr Versprechen nur ab, um das Gegenversprechen der anderen Partei zu erlangen; es wird ein Versprechen gegen das andere Versprechen, eine Leistung gegen die andere Leistung ausgetauscht.[45])

Weiterhin hat man die beiderseitigen Leistungen in ein Wertsabhängigkeitsverhältnis zu bringen versucht, indem die eine Leistung das Äquivalent für die andere sein soll.

Wenn Lammfromm[46]) behauptet, daß die Forderung des wirklichen Äquivalenzverhältnisses der Leistung den Zwecken und vorwiegend befolgten Grundsätzen der Privatwirtschaft widerspricht, so nimmt er dabei an, daß jeder Kontrahent mit seiner Leistung den Zweck verfolgt, die seiner Vorstellung nach wertvollere Leistung des Gegners, also bei Vorstellung rein objektiver Wertsverschiedenheit auf Kosten des Gegners zu erlangen.[47])

Die objektive Wertsverschiedenheit kann sich nur aus einer objektiven Wertschätzung der Leistungen ergeben, wobei die Leistungen irgendeine Sache oder auch eine Handlung sein können.

Da es sich aber bei den Umsatzverträgen — welche Gruppe von obligatorischen Verträgen hier in Frage kommt — nur immer um Leistungen in bezug auf eine Person, also um Güter — unter Gut eine Sache oder eine Leistung zur Befriedigung menschlicher Begehrungen verstanden — nie um

[45]) Cosack, Bd. 1, § 86, 2a.
[46]) S. 61.
[47]) Lammfromm, S. 58.

eine Schätzung von Gütern unter sich zu irgendeinem Zwecke[48]) handelt,[49]) so folgt daraus, daß die Wertschätzung der Leistungen nie objektiv, sondern stets subjektiv erfolgt.

Es bildet sich allerdings auf dem Markte in der Volkswirtschaft dadurch, daß für gewisse Güter wegen ihrer Unentbehrlichkeit für jedermann eine ständige Nachfrage in annähernd derselben Höhe entsteht, eine Objektivität des Bedarfes.[50])

Aus diesem und dem Angebote bildet sich für die Geschäftsleute, die mit dem Erwerbe der Güter keine Konsumentionsbedürfnisse befriedigen, sondern durch die abermalige Veräußerung der Güter einen Gewinn erzielen wollen, ein objektiver Verkehrswert, und zwar ein objektiver Kostenwert beim Kaufen und ein objektiver Tauschwert beim Verkaufen.[51])

Auch bei anderen Gütern, die weniger unentbehrlich und bei denen die Nachfrage weniger groß ist, wird sich ein objektiver Verkehrswert bilden, der zu gewissen Zeiten und in denselben Orten eine gewisse Beständigkeit zeigt.

Hieraus ergibt es sich, daß bei den hier behandelten Gütern in der Privatwirtschaft von dem einzelnen der objektive Verkehrswert als objektiver Kostenwert gezahlt werden muß, damit ihm die Güter überhaupt überlassen werden. Seine subjektive Wertschätzung bleibt damit für den Erwerb außer acht, wenn er seine aufzuwendenden Kosten mit dem Werte des zu erwartenden Gutes vergleicht, weil die Erwerbskosten durch das Gesamtangebot und die Gesamtnachfrage geregelt werden. Der Wert des zu erwerbenden Gutes und die für den Erwerb aufzuwendenden Kosten müssen als Äquivalent bezeichnet werden. Von der Äquivalenz in bezug auf den aufzuwendenden Geldwert

---

[48]) v. Böhm-Bawerk im Wörterbuch der Staatswissenschaften, herausgegeben von Conrad, Elster, Lexis, Loening, 8. Band, S. 756.

[49]) Woraus sich ein objektiver Wert ergäbe.

[50]) Lexis, Allgemeine Volkswirtschaftlehre, S. 34ff.

[51]) Lexis a. a. O., S. 34.

kann nur gesprochen werden beim unmittelbaren Übergang vom ersten Verkäufer auf den ersten Käufer, nicht dagegen beim Vergleich des Geldwertes, den der erste Verkäufer erhält, mit dem, den der zweite Käufer aufzuwenden hat. Hier würde allerdings eine zugunsten des ersten Käufers sprechende Wertdifferenz vorhanden sein beim Vergleiche mit den Kosten, die er selbst zu zahlen hat. Aber die reinen Geldwerte können nicht miteinander verglichen werden; der Wert, den das Gut in der Hand des ersten Käufers erhält, setzt sich zusammen aus dem Werte für den Erwerb, vermehrt um den Wert seiner eigenen Aufwendungen.

Da auch in der zweiten Hand der Verkaufswert wieder durch Angebot und Nachfrage geregelt wird, so ist auch beim Übergang in die dritte Hand wieder ein Äquivalenzverhältnis vorhanden. Das Äquivalenzverhältnis darf daher niemals, wenn es sich um den Erwerb von Gütern zum Zwecke der Weiterveräußerung handelt, durch Vergleichung des Geldwertes festgesetzt werden, sondern es ist die Wertvermehrung durch die Aufwendung des einzelnen zu berücksichtigen, wenn auch die Aufwendungen sehr oft nur in einem Feilbieten bestehen. Bei dem zum Zwecke der Weiterveräußerung gemachten Erwerbe erweist sich somit die Behauptung, daß die Forderung des wirklichen Äquivalenzverhältnisses den Zwecken und Grundsätzen der Privatwirtschaft widerspricht, als unhaltbar.

Aber auch beim Erwerbe der Güter zur Konsumtion muß diese Behauptung angegriffen werden. Handelt es sich um Güter, die zum Gegenstande der obigen Untersuchung gemacht worden sind, so muß der einzelne den objektiven Verkehrswert beim Erwerbe aufwenden, soweit die Güter für ihn zur Erhaltung seines Lebens unentbehrlich sind. Im anderen Falle erwirbt er das Gut nur auf Grund einer subjektiven Wertschätzung. Damit ist aber der Forderung, daß bei den gegenseitigen Verträgen die eine Leistung das Äquivalent der anderen sein soll, nur die subjektive Be-

deutung zuzusprechen:[52]) bei den gegenseitigen Verträgen wollen die Parteien die eine Leistung für die andere Leistung.

Mehr als dies tatsächliche Wollen gehört nicht zum Begriffe des gegenseitigen Vertrages. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß die eine Leistung stets das Ziel und der Zweck der von der anderen Seite versprochenen Gegenleistung zu sein braucht, weil Ziel und Zweck der Leistung außerhalb des Geschäftes liegen können. Beide haben keine weitere Bedeutung für die gegenseitigen Verträge, als daß sie Aufschluß geben über den Willen der Parteien in bezug auf die oben dargestellte Entstehung, den Bestand und die Erfüllung der Forderungen und Verpflichtungen.

§ 15.

C. Der Baugeldervertrag ein gegenseitiger Vertrag.

Während sich beim Baugeldervertrage die Leistung des Geldgebers in einer Leistung, nämlich der darlehnsweisen Hergabe des Baugeldes erschöpft, besteht die Leistung des Geldnehmers in der Verwendung des Geldes für den Bau — damit notwendig auch in der Errichtung des Baues —, der Sicherheitsbestellung und der Zinszahlung. Bezüglich der Entstehung der Leistungspflicht des Geldgebers gilt die für gegenseitige Verträge bestehende Abhängigkeit. Zunächst setzt die Leistungspflicht des Geldgebers die Bestellung der Sicherheit voraus. Bevor von seiten des Geldnehmers die Hypothek bestellt oder die Grundschuld eingetragen oder das Eigentum an dem zu bebauenden Grundstücke übertragen ist, kann dem Baugeldgeber keine Zahlung irgendeiner Baugeldrate zugemutet werden. Durch die Bestellung der Sicherheit wird dem Baugeldgeber der Rückforderungsanspruch vor anderen Gläubigern des Geldnehmers — Bau- oder anderen Gläubigern — gewährleistet; sie ist daher das notwendige Erfordernis für die Entstehung der Geldzahlungsverpflichtung.

[52]) Mit Endemann, § 125.

Weiterhin liegt dem Geldnehmer die Errichtung des Baues ob. Die Erfüllung dieser Verpflichtung ist derart wesentlich, daß ohne dieselbe keine Verpflichtung des Geldgebers zur Geldzahlung besteht, da naturgemäß die Bestellung der Sicherheit allein für den Geldgeber wertlos ist. Die Errichtung des Baues ist seitens des Geldnehmers Gegenleistung im Sinne der gegenseitigen Verträge; das gilt für jeden einer Baugeldrate entsprechenden Teil des Baues. Nur wenn dieser beendet ist, ist der Baugeldgeber zur Zahlung der entsprechenden Baugeldrate verpflichtet. Des weiteren kann von ihm nur dann die Zahlung verlangt werden, wenn der Baugeldnehmer das als Baugeld gezahlte Geld zur Herstellung des Baues verwendet.

Die zunächst hier dargestellten Verpflichtungen des Baugeldnehmers sind für den Baugeldgeber so wesentlich, daß die Nichterfüllung nur einer von ihnen dem Baugeldgeber das Recht gibt, seine Leistung zu verweigern. Es besteht daher für jede der Verpflichtungen des Baugeldnehmers das Abhängigkeitsverhältnis der gegenseitigen Verträge.

Aber nicht nur dies hier dargestellte Recht der Leistungsverweigerung besteht, es steht auch jeder der Vertragsparteien das den gegenseitigen Verträgen eigentümliche Recht auf Erfüllung der Leistung zu.

Da es sich für den Baugeldgeber in der Regel um ein Geschäft der Kapitalanlage handelt, vergl. S. 41 — er will sein Kapital zinstragend anlegen —, so muß er den Baugeldnehmer nach den für die gegenseitigen Verträge gegegebenen Vorschriften zur Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen zwingen können. Betreibt der Baugeldnehmer den Bau nicht, so kann z. B. der Geldgeber dem Geldnehmer gemäß § 326 B.G.B. eine Frist zur Fortsetzung des Baues bestimmen und nach Ablauf der Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Diese Rechte müssen dem Baugeldgeber zugestanden werden, weil anderenfalls seine Rückforderungsansprüche gefährdet würden, denn mit Verlängerung der Bauzeit erhöhen sich die Baukosten (S. 42)

und damit die Belastungen des Grundstückes. Auch dem Baugeldnehmer müssen dieselben Rechte aus § 326 B.G.B. zugestanden werden, da er die Ausführung des Baues nur mit Rücksicht auf die Zusicherung des Geldes unternimmt. Z. B. müßte der Geldgeber zum Ersatze des Schadens verpflichtet sein, der infolge Nichtleistung des Geldgebers und dadurch erforderlicher anderweitiger Beschaffung des Geldes eintritt.

Durch die von dem Baugeldnehmer übernommenen von einem gewöhnlichen Darlehn abweichenden Verpflichtungen tritt die Bedeutung der Zinszahlung deshalb zurück, weil gewöhnlich die Zinsen des Kapitals durch Abzug von den Baugeldraten gezahlt werden. Darum erscheint die Zinszahlung, solange noch Baugeldraten fällig sind, von der Person des Geldnehmers unabhängig. Damit ist auch die Frage, ob eine Nichtzahlung der Zinsen dem Baugeldgeber die Rechte aus den §§ 320—326 B.G.B. geben, ob also die Zinsen eine Gegenleistung sind, für den Baugeldervertrag ziemlich bedeutungslos. Im weiteren erübrigt sich auch die Untersuchung, ob die spätere Rückzahlung der Baugeldsumme die Bedeutung der Gegenleistung hat, da die den Baugeldervertrag von einem gewöhnlichen Darlehn unterscheidenden Verpflichtungen den Vertrag als einen gegenseitigen Vertrag charakterisieren.[53])

§ 16.

5. Die Abtretbarkeit der Baugeld d a r l e h n s forderung.

Bei der Auffassung des Darlehnsvertrages als Realvertrag ist man einerseits aus der Natur des Realvertrages heraus zu einer Verneinung der Abtretbarkeit von Darlehnsforderungen gekommen, andererseits hat man doch den Bedürfnissen des täglichen Lebens Rechnung tragen zu

[53]) Vergl. J.W. 1909, S. 309[4]: Erscheint die Darlehnshingabe wirtschaftlich als ein Kapitalanlagegeschäft, rechtlich als Kauf einer Hypothek . . . ., dann ist an dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung für die auf beiden Seiten zugunsten des anderen Teiles übernommenen Leistungen nicht zu zweifeln.

müssen geglaubt und trotz Beibehaltung der Realvertragsnatur eine Abtretung zugelassen.[54]) Bei der Auffassung des Darlehnsvertrages als Konsensualvertrag macht dagegen die grundsätzliche Regelung der Abtretbarkeit keine Schwierigkeiten.

Übereinstimmung bei beiden Theorien herrscht darin, daß eine Darlehnsforderung nicht mit gleichzeitiger Übertragung der Rückgabeverpflichtung an den Zessionar abgetreten werden kann, da dies den Eintritt eines Dritten in ein ganzes Schuldverhältnis bedeuten würde.

Nach der strengen Auffassung von der Realvertragsnatur des Darlehns konnte die Verpflichtung der Rückzahlung des Geldes stets erst mit der Hingabe und nur in der Person des Darlehnsempfängers entstehen, denn die Leistung des Darlehnsgebers geschieht credendi causa, das heißt: mit der Wirkung, daß sie den Empfänger zum Schuldner machen soll. Aus diesem Grundsatze mußte sich notwendigerweise eine Verneinung der Abtretbarkeit von Darlehnsforderungen ergeben, denn es würde derjenige, dem eine Darlehnsforderung abgetreten wäre, auch der Darlehnsschuldner des Darlehnsgebers werden. Da aber das Versprechen der Hingabe eines Darlehns seitens des Darlehnsgebers ein Vertrauen auf die Kapitalskraft des Darlehnsschuldners voraussetzt,[55]) kann ohne den Willen des Darlehnsgebers der Geldnehmer dem Versprechensgeber keinen anderen Schuldner substituieren. Vergl. hierzu die Entscheidungen in Seufferts Archiv Bd. 19 Nr. 35, Bd. 25 Nr. 19, Bd. 26 Nr. 212, Bd. 53 Nr. 99, R.E. Bd. 32 S. 365, Enneccerus 364, 2, Crome § 198, 1.

Weiterhin ist die Frage behandelt worden, ob nicht eine Abtretung von Darlehnsforderungen mit der Wirkung statthaft ist, daß wohl der Zessionar das Recht auf die Aus-

[54]) Vergl. hierzu Enneccerus, § 364, Note 2.

[55]) Enneccerus, § 364: Die Forderung auf Auszahlung des Darlehns kann nicht abgetreten werden, da ihr Inhalt durch die Person des Darlehnsschuldners, zumal durch seine Kreditwürdigkeit bestimmt wird.

zahlung der Darlehnssumme erwirbt, die Pflicht der Rückzahlung der Darlehnssumme aber beim Zedenten verbleibt. Auch diese Abtretung ist zunächst unter Hinweis auf die Realvertragsnatur des Darlehnsvertrages verneint worden (vergl. hierzu Seufferts Archiv Bd. 19 Nr. 35, Bd. 25 Nr. 3, Bd. 53 Nr. 99). Nach Seufferts Archiv Bd. 19 Nr. 35 würde die Trennung des Anspruches des Zessionars von der Rückzahlungsverpflichtung seine Natur derart verändert werden, daß man die Zession nicht mehr als rechtlich zulässig erachten kann. Das pactum de mutuo dando ist als präparatorischer Vertrag ganz untrennbar von den Personen, welche sich zur Eingehung eines Darlehnskontraktes verabredet haben.

Diese Auffassung ist die notwendige Folge der Auffassung von der Realvertragsnatur des Darlehns und der Vertragsnatur desjenigen Vertrages, der die Hingabe eines Darlehns zum Gegenstande hat. Man muß ihr beipflichten, wenn man nicht nach der einen oder anderen Seite Zugeständnisse machen will. Wie scharf bei dieser Auffassung zwischen dem Vorvertrage und dem Hauptvertrage unterschieden wird, geht daraus hervor, daß mit dem bloßen Vorvertrage noch keineswegs die Verpflichtung des Versprechensempfängers zur Rückzahlung der Geldsumme entsteht (Seufferts Archiv Bd. 53 Nr. 95). Eine andere Entscheidung (R.E. Bd. 66 Nr. 36) hält an der grundsätzlichen Nichtabtretbarkeit von Darlehnsforderungen fest; doch läßt sie eine Abtretung zu, wenn sie dem ausgesprochenen oder mutmaßlichen Willen der Parteien entspricht.

Bedeutungsvoller für die Zulassung der Abtretung ist die Auffassung, daß der Darlehnsvertrag außer als Realauch als Konsensualvertrag vorkommen kann. Bei dieser Auffassung wird eine Trennung des Anspruchs auf Zahlung der Darlehnssumme und der Verpflichtung der Rückzahlung zugelassen. Darum ist eine Darlehnsforderung abtretbar, wenn die Rückzahlungspflicht beim Zedenten verbleibt. Vergl. R.E. Bd. 32 S. 365, Bd. 68 S. 356. Auch Enneccerus § 364, 2 schließt sich dieser Auffassung an mit der Be-

gründung, daß man die Verkehrsfreiheit nicht ohne Not in dogmatische Fesseln schlagen sollte.

Aus der Vertragsnatur des dem Baugeldervertrage zugrunde liegenden gegenseitigen[56]) Darlehnsvertrages, der seine Wirksamkeit mit der Willenseinigung der Parteien erhält, gestaltet sich die dem Baugeldnehmer zustehende Forderung auf die Baugeldraten zu einer nackten Summenforderung, die von dem Baugeldgeber solvendi causa zu zahlen ist. Diese Forderung unterscheidet sich in nichts mehr von anderen aus sonstigen gegenseitigen Verträgen entstandenen Geldforderungen und unterliegt deshalb den allgemeinen Vorschriften über die Abtretung von Forderungen (§§ 398 B.G.B. ff.). Die Frage nach der Abtretbarkeit gestaltet sich dann sehr einfach, wenn im Vertrage eine Vereinbarung über den Ausschluß der Abtretung getroffen ist. Liegt der Fall vor, so steht dem Geldnehmer nach § 399 B.G.B. kein Recht zu, die Forderung abzutreten. Ist dagegen keine Vereinbarung getroffen, so ist die andere Bestimmung des § 399 B.G.B. zu untersuchen, ob die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger ihren Inhalt verändern würde.

Im Wesen der Abtretung liegt es begründet, daß in Hinblick auf den Geldnehmer der Inhalt der Leistung nicht verändert wird, wenn der Geldgeber auf Grund der Abtretung die Darlehnssumme zahlt. Es wäre daher nur eine Veränderung des Inhaltes in bezug auf den Geldgeber denkbar dadurch, daß entweder durch die Zahlung an einen anderen als an den Vertragsgegner die vertraglich beabsichtigte Wirkung, daß nach der Zahlung dieser zur Rückgabe verpflichtet sein soll, nicht eintritt, oder daß eine Gefährdung der Rückgabemöglichkeit durch Mangel an Geldmitteln eintritt. Das erstere ist nicht der Fall, weil die Rückgabepflicht des Vertragsgegners durch die Zahlung an den Zessionar nicht verändert wird, sondern im vollen Umfange bestehen bleibt. Eine Gefährdung der Rückgabe-

---

[56]) S. S. 34 ff.

möglichkeit kann durch die Zulassung der Abtretung nicht eintreten, da es doch ganz gleichgültig ist, ob die Verbindlichkeit des Geldnehmers, welcher das dargeliehene Geld zur Befriedigung dienen soll, vor oder nach der Auszahlung des Geldes durch den Geldgeber eingegangen ist, und diese Verbindlichkeit nun durch Zahlung an den Geldnehmer und Weiterzahlung durch diesen an den Dritten oder durch unmittelbare Zahlung auf Grund einer Abtretung getilgt wird.[57]) Es ist daher die Abtretung der Baugeldforderungen, soweit sie reine Darlehnsforderungen sind, zuzulassen.

Zweiter Teil.

Die Bedeutung der Zweckbestimmung des Baugelddarlehns.

§ 17.

1. Die grundsätzliche Regelung der Abtretbarkeit.

Für die Errichtung von Gebäuden ist das Vorhandensein größerer Barmittel eine unerläßliche Voraussetzung. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, daß diejenigen, welche die für die Errichtung des Gebäudes nötigen Arbeiten und Lieferungen auszuführen haben, zum Teil kleinere Unternehmer sind, deren geringes Betriebskapital eine längere Kreditierung der geleisteten Arbeiten nicht gestattet. Aber auch selbst größere Unternehmer müssen mit einer baldigen Befriedigung ihrer aus dem Bau entstandenen Forderungen rechnen, denn eine längere Kreditierung ihrer Forderungen würde mit Zinsverlusten verbunden sein, die sie bei Ab-

[57]) Kohler, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 2, S. 235. Weiter könnte man (nämlich der Zulassung der Abtretung) entgegenhalten, daß die Sicherheit der Darlehnsrückzahlung gefährdet wäre, wenn der Leiher das Geld gar nicht in die Hand bekäme und schon zum Voraus darüber disponierte. Doch auch dies ist kein durchschlagender Grund, da ja auch nach Empfangnahme des Geldes dasselbe im zweiten Augenblicke schon verschwunden sein kann.

gabe ihrer Preise mit berücksichtigen müßten, wodurch die Baukosten erhöht würden. Es ist daher erforderlich, daß der Unternehmer eines Baues sich die Mittel für die Errichtung von einem anderem beschafft, der in der Lage ist, das Geld für einen längeren Zeitraum zu kreditieren. Daß es sich bei der Beschaffung des Geldes nicht um ein Gefälligkeitsgeschäft ohne entsprechende Verzinsung seitens des Geldgebers handeln kann, liegt in der Sache selbst, da niemand für eine längere Zeit für eine größere Summe Zinsverluste tragen will. Dadurch bekommt aber das Geschäft der Geldbeschaffung einen besonderen Charakter, nämlich den der Kapitalanlage.

Wie jede Kapitalanlage, so ist auch diese für einen längeren Zeitraum berechnet. Das als Baugeld gewährte Geld soll auch nach Beendigung des Baues noch als Hypothekenforderung zum Zwecke der Verzinsung an dem Grundstücke stehen bleiben.

Die hier zu behandelnde Kapitalanlage wird dadurch wesentlich gekennzeichnet, daß es ungewiß ist, ob der Ertrag des bebauten Grundstückes zur Befriedigung der Zinsforderungen und das Grundstück selbst im Falle einer Zwangsversteigerung zur Befriedigung des zurückzuzahlenden Kapitals ausreicht. Zwar liegt bei jedem Darlehnsgeschäft und bei jeder Kapitalanlage ein Moment der Ungewißheit der Befriedigung des Rückforderungsanspruches vor — z. B. bei Kapitalanlagen in erst zu gründende Unternehmungen industriellen Charakters — von anderen auf ein Grundstück gegen Bestellung einer Hypothek gewährten Darlehn unterscheidet sich das Baugelddarlehn aber wesentlich dadurch, daß bei fertig bebauten und wirtschaftlich ausgenutzten Grundstücken sich die Erträge nachweisen lassen, wodurch der Geldgeber in der Lage ist, sich ein Bild über die Sicherheit seiner Darlehnshingabe in bezug auf Zinszahlung und Rückgewähr zu machen. Auch ist der Geldgeber durch die Möglichkeit, das fertig bebaute Grundstück durch Bausachverständige abschätzen und sich den Brandkassenwert angeben zu lassen, in die Lage

versetzt, die Beleihung des Grundstückes nur in der Höhe vorzunehmen, daß ihm das Grundstück unter allen Umständen genügende Sicherheit für seine Rückforderungsansprüche bietet.

Diese Ungewißheit über die Erträge und den Wert des zu bebauenden Grundstückes bedeutet für den Geldgeber zugleich eine Gefahr für seine Befriedigung. Für diese Gefahr ist wesentlich die Person des Geldnehmers.

Nicht nur ist es der Baugeldnehmer, der vor Inangriffnahme des Baues durch eine Rentabilitätsrechnung die aufzuwendenden Kosten mit den zu erwartenden Einnahmen in Einklang zu bringen sucht, er ist es auch, dem bei der Ausführung des Baues die Verantwortung dafür obliegt, daß die Baukosten im Rahmen der veranschlagten Kosten bleiben. Seiner Geschäftstüchtigkeit ist es überlassen, daß bei Abschluß der Lieferungs-, Werk- und Arbeitsverträge Übervorteilungen vermieden werden. Es dürfen dabei weder den Zwecken des Baues nicht entsprechende noch minderwertige Materialien verwendet werden, durch die der von dem Baugeldgeber erwartete Gebäudewert nicht entsteht.

Liegt es so dem Baugeldnehmer ob, daß der dem gewährten Baugelde entsprechende Grundstückswert entsteht, so ist es auch ihm überlassen, daß der Bau in den beabsichtigten Fristen fertiggestellt wird. Wie wesentlich es ist, die Frist innezuhalten oder gar abzukürzen, zeigt sich darin, daß mit verspäteter Fertigstellung auch die mit der Herstellung verbundenen Unkosten wachsen. Da für das Baugeld auch für die Zeit Zinsen gezahlt werden müssen, in der das Grundstück noch keine Erträge abwirft, so wird auch mit verspäteter Fertigstellung die Belastung durch die Zinszahlung vermehrt. Die Belastung durch die Zinsen ist wesentlich von der Person des Baugeldnehmers abhängig, da sich durch zweckentsprechende Disposition des Baugeldnehmers die Fristen nicht nur innehalten, sondern auch verkürzen lassen.

Die Bedeutung der Person für die Innehaltung der übernommenen vertraglichen Verpflichtungen ist auch vom Reichsgericht[1]) anerkannt worden. In dem Baugeldvertrage liegt, und dies haben die Vorderrichter nicht gewürdigt, außer dem Kredit, den der Gläubiger jedem Darlehnsschuldner gewährt, insofern er von ihm Rückzahlung des ausgezahlten oder vorläufig erst zugesagten Darlehns erwartet, noch die Bezeugung des weiteren Vertrauens, daß der Bauherr, mit dem der Baugeldgeber kontrahiert, auch dafür sorgt, daß das Gebäude in den in Aussicht genommenen Fristen fertiggebaut wird, nicht bloß daß er dafür sorgt, daß der Bau solid und so ausgeführt wird, daß der Darlehnsgläubiger in dem vollendeten Bau seine Sicherheit findet.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, wie wesentlich für den Baugeldgeber in bezug auf die zu erwartenden Werte die Person des Baugeldempfängers ist, daß es ihm durchaus nicht gleichgültig sein kann, wer Baugeldempfänger ist. Ein großes Vertrauen in die Person des Geldnehmers muß den Geldgeber zur Hingabe des Geldes veranlassen, und dieses Vertrauen ist durchaus von dem subjektiven Empfinden des Baugeldgebers abhängig.

Das Vorliegen dieses den Baugeldgeber mit der Person des Geldnehmers verknüpfende Vertrauen hat auch durch die Entscheidung des Reichsgerichts[2]) seine Anerkennung gefunden:

Weil der Gläubiger diese besonderen Gefahren läuft, wenn er einen Baugeldvertrag schließt, darum wird der vorsichtige und solide Gläubiger sich die Person ansehen, mit der er einen solchen Vertrag schließt und glaubt schließen zu können, ohne daß sich nach menschlichem und geschäftlichem Ermessen die Gefahr allzuhoch steigert. Hat er aber mit einem ihm solid erscheinenden Unternehmer und Eigentümer, der ihm nach seinen Vermögens- und Kreditverhältnissen, nach seinen geschäftlichen Gebahrungen, mit

[1]) R.E. Bd. 37, S. 377.
[2]) R.E. Bd. 37, S. 338.

seiner ganzen Persönlichkeit die Garantie bietet, daß er ihm das besondere Vertrauen schenken darf, welches der Baugeldvertrag beansprucht, so kann ihm nicht angesonnen werden, sich statt dieser Person eine andere Person aufdrängen zu lassen, welche ihm diese Garantien nicht bietet, und der er ein gleiches Vertrauen nicht entgegenbringt und nicht entgegenzubringen braucht.

Der Baugeldervertrag beansprucht als wirtschaftlich gemeinsames Unternehmen ein wechselseitiges Vertrauen von Person zu Person.[3])

Dieses hier festgestellte Vertrauen, das auf das Zustandekommen des Baugeldvertrages von maßgebender Bedeutung ist, führt dazu, daß die Leistung des Baugeldgebers sofort ihren Inhalt verändern würde, wenn der Baugeldgeber wider seinen Willen sich zwingen lassen müßte, an eine andere Person als an die des Vertragskontrahenten zu zahlen. Daher ist mit Rücksicht auf den Baugeldgeber die Abtretbarkeit einer Baugeldforderung zu verneinen.

Dieses Vertrauensverhältnis wird insbesondere von Bedeutung, wenn es sich um die Beantwortung der Frage der Abtretbarkeit an eine dritte, nicht zum Baue in Beziehung stehende Person handelt. Vergl. dazu S. 48 ff.

§ 18.

2. Die Abtretbarkeit an Baugläubiger.

Aus der Natur der vom Baugeldnehmer übernommenen Verpflichtung ergibt sich, daß er zur Erfüllung derselben zu einer Reihe von Personen in Beziehung treten muß. Es sind diejenigen, welche an der Herstellung des Baues durch Arbeiten oder Lieferungen beteiligt sind, und die deshalb an der Wertschaffung des Grundstückes beteiligt sind. Zwar stehen sie durch den Baugeldervertrag in keinerlei Beziehung zu dem Baugeldgeber und -nehmer;[4])

[3]) R.E. Bd. 37. S. 338.

[4]) Breit, J.W. 1909. S. 351. „Zunächst gilt auch nach Inkrafttreten des Gesetzes als oberster Grundsatz, daß zwischen Baugeldgeber und Baugläubigern kontraktliche Beziehungen nicht bestehen."

doch ist ihre wirtschaftliche Teilnahme an dem durch den Baugeldervertrag beabsichtigten Zwecke der Errichtung des Baues eine derart bedeutungsvolle, daß auch ihr Interesse bei der Frage der Abtretbarkeit nicht übergangen werden darf.[5]) Die bedeutungsvolle Stellung der Lieferanten ist auch vom Gesetze anerkannt worden: Mißstände im Baugewerbe haben dahin geführt, daß ein den Schutz der Baulieferanten bezweckendes Gesetz geschaffen worden ist.

Das Versprechen der Darlehnsgewährung für die Bestreitung der Baukosten veranlaßt Unternehmer und Arbeiter, sich an der Herstellung des Baues mit Lieferungen und Arbeiten zu beteiligen. Von den Geschäftsgrundsätzen und der Gewissenhaftigkeit der Baulieferanten hängt es wesentlich mit ab, ob die Güte der Arbeiten und Lieferungen den ihnen bewilligten Preisen entspricht. Hierdurch geraten Geldnehmer und insbesondere Geldgeber in eine gewisse Abhängigkeit von ihnen, denn das von den Baulieferanten und Arbeitern geschaffene Bauwerk soll als dingliche Sicherheit für das Darlehn haften. In den meisten Fällen sind die Baulieferanten noch dadurch besonders am Bau interessiert, daß das Baugeld fast nie bis zur Höhe der wirklichen, sondern nur bis etwa $^2/_3$ der veranschlagten Baukosten gewährt wird. In diesen Fällen hoffen die nach Auszahlung des gesamten Baugeldes noch nicht befriedigten Baugläubiger auf eine Befriedigung aus dem Erlöse eines günstigen Verkaufes des bebauten Grundstückes oder aus den Erträgen desselben. Hierdurch nehmen die Baugläubiger teil an der Gefahr eines eventuellen Mißerfolges, wenn die Wertsteigerung des bebauten Grundstückes den Erwartungen nicht entspricht. In der Tat sind es denn auch in der Regel die Baugläubiger, die bei einem Mißerfolge die Leidtragenden sind, und denen es nicht gelingt, ihre Ansprüche aus dem Grundstücke zu

[5]) R.E. Bd. 38, S. 311. „Die Zweckbestimmung der Baugelder allein aber kann die Abtretung nicht hindern."

befriedigen. Das hat sich in Großstädten mit besonderer Deutlichkeit gezeigt, wo ein großer Teil der Bauten von Unternehmern ausgeführt wird, die selbst über gar kein oder nur wenig Vermögen verfügen. Nach den in der Begründung des Entwurfes eines Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen gemachten Angaben (Drucksache des Reichstages, 12. Legislaturperiode, 1. Session 1907, Nr. 365) sind die Verluste der Handwerker bei Zwangsversteigerungen in den 3 Jahren, von 1891—1893 bei 731 Zwangsversteigerungen auf 75 Millionen Mark geschätzt. In den Jahren 1894—1898 sollen Berliner Bauhandwerker 2½ Mill. verloren haben. Wenn auch diese Zahlen in der Begründung selbst als sehr ungewiß bezeichnet werden, so ist doch von allen Seiten anerkannt worden, daß die Verluste der Handwerker bedeutend sind.

Wird es schon durch die gewählte Art der Baugeldgewährung — in der Regel $^2/_3$ der wirklichen Baukosten — sehr schwierig für die Baugläubiger, Befriedigung für ihre Forderungen zu erlangen, so wird dies noch um so schwieriger, wenn als Baugeld versprochenes Geld zu anderen als Bauzwecken verwendet wird, denn in dem Maße, wie als Baugeld versprochenes Geld zu anderen als Bauzwecken verwendet wird, wird das Grundstück mehr belastet. Während bei zweckentsprechender Verwendung die Forderungen der Baugläubiger getilgt werden, bleiben sie bei zweckentfremdeter Verwendung des Geldes bestehen und müssen bei Nichtvorhandensein anderer Mittel aus dem Grundstücke befriedigt werden.

Liegt es somit im Interesse der Baugläubiger, daß das Geld seinem Zwecke entsprechend verwendet wird, so folgt weiter, daß dem Interesse der Baugläubiger stets dann entsprochen wird, wenn ihre aus dem Bau entstandenen Forderungen getilgt werden. Gleichgültig hierbei aber ist die Form der Tilgung und die Person, durch welche die Auszahlung des Geldes stattfindet.

Hieraus ergibt sich, daß eine Abtretung an Baugläubiger, als den wirtschaftlichen Interessen der Baugläubiger ent-

sprechend, zuzulassen ist, während sie sich aus demselben Grunde an am Bau nicht durch Leistungen oder Lieferungen Beteiligte verbietet.

Auch aus rechtlichen Gründen kann einer Abtretung an Baugläubiger nicht widersprochen werden, soweit es sich um eine fällige Forderung des Baugeldnehmers handelt. Die dem Baugeldnehmer obliegende Verpflichtung, den Bau zu errichten, ist insoweit erfüllt, als er die der Baugeldrate entsprechende Arbeit hat ausführen lassen. Ihm liegt nun weiterhin nur noch die vertragliche und gesetzliche Verpflichtung ob, das Geld zur Befriedigung der Baugläubiger zu verwenden. Dieser Verpflichtung entledigt er sich, wenn er die der geleisteten Arbeit entsprechende Forderung an den Baugläubiger abtritt, denn mit der Zahlung der abgetretenen Forderung an den Zessionar erlischt jeder Anspruch des Baugläubigers in den Bau.

Hier ist noch einer Auffassung von Kiefe[6]) entgegenzutreten. Nach ihm ist jeder, der auf Grund eines Baugeldervertrages Geld empfängt, dem auf Grund dieses Vertrages die eben hiernach geschuldeten Gelder gewährt werden (vergl. § 1 Abs. 3 B.S.G.), Baugläubiger, und es bleibt dabei gleichgültig, ob dies derjenige ist, der selbst mit dem Baugeldgeber den Vertrag abgeschlossen hat oder ein Dritter. Nach dem im § 19 Ausgeführten ist aber nur derjenige Baugeldempfänger, der auch vertraglich dazu bestimmt ist. Deswegen kann die Abtretung an Baugläubiger nicht um deswillen zugelassen werden, weil durch die Abtretung der Baugläubiger Baugeldempfänger wird, und ihm nun das Gesetz nach Maßgabe des § 1 Abs. 2 die Verwendung für sich gestattet, sondern die Abtretung an einen Baugläubiger ist zuzulassen, weil durch die Leistung an ihn die Leistung des Geldgebers nicht verändert wird. Es geht nur ein Recht, aber keine Verpflichtung auf den Baugläubiger mit der Abtretung über.

Erhält der Baugläubiger durch die Abtretung mehr als ihm aus der Forderung für diesen Bau zusteht, so braucht

[6]) J.W. 1911, S 927ff, III.

er den Überschuß nicht an den Baugeldnehmer zurückzuzahlen, wenn er aus einem anderen Grunde eine Forderung, etwa aus anderen Bauten, gegen ihn hat. Für die Überzahlung dieser Bauforderung ist der Baugeldnehmer dem Baugeldgeber und den Baugläubigern allein verantwortlich.

Eine Abtretbarkeit von Baugeldern an Baugläubiger ist anerkannt von:

Staudinger, § 607, II, 9, c, β.
Kiefe, J.W. 09, S. 382; 1911, S. 926 ff.
Das Recht, 1911, Nr. 308.
O.L.G., 23_{217}.
R.E., Bd. 38_{311}.
Mügel in Gruchots Beiträgen, Bd. 54, S. 22.
R.E., Bd. 40, S. 275.
Friedländer, Seufferts Blätter für Rechtanwendung, 69. Jahrg., S. 196 ff.
Regelsberger in Iherings Jahrbüchern, B. 52 S. 417 ff.

§ 19.

3. Die Abtretbarkeit von Bauforderungen an dritte, nicht am Bau beteiligte Personen.

Die Frage nach der Abtretbarkeit von Bauforderungen an dritte, nicht am Bau beteiligte Personen ist vor Einführung des Gesetzes über die Sicherung von Baugeldern übereinstimmend als unzulässig beantwortet worden. Erst die Einführung des Gesetzes hat zu der Meinung Veranlassung gegeben, daß auch eine Abtretung an dritte Personen, die zum Bau in keiner Beziehung stehen, zuzulassen sei. Diese Meinung wird vertreten von Budde[7]) und Kiefe.[8])

Nach Budde trifft einen jeden, der Baugeld, d. h. Valuta aus dem zwischen dem Baugeldgeber und Baugeldnehmer abgeschlossenen Darlehnsvertrage empfängt, also

[7]) Bankarchiv 7_{246}.
[8]) J.W. 1909, S. 383 und J.W. 1911, S. 927.

den Zessionar des Baugeldnehmers, die Verpflichtung, das Empfangene nach Vorschrift des Gesetzes zu verwenden. Eine soweit gehende Verpflichtung ist ein wirksamer Ersatz für das zivilrechtliche Verbot der Zession und Pfändung von Baugeldforderungen. Dem Zessionar, ebenso wie dem dritten Gläubiger, der den Anspruch des Baugeldnehmers gepfändet hat, wird durch Überweisung des Anspruches kein frei verfügbares Geld gegeben. Sie bleiben vielmehr wie der Baugeldnehmer verpflichtet, die auf den übertragbaren Anspruch entfallenden Zahlungen zur Befriedigung der Bauhandwerker zu verwenden.

Will man zu einem richtigen Ergebnis der Frage nach der Abtretbarkeit an dritte, nicht am Bau beteiligte Personen kommen, so ist es erforderlich, auf das der Forderung zugrunde liegende vertragliche Verhältnis zwischen dem Baugeldgeber und -nehmer zurückzugehen.

Budde und Kiefe lassen die Person des Geldgebers in allen den Fällen außer Frage, in denen er bei Erfüllung der abgetretenen Forderung nicht ausdrücklich erklärt hat,[9]) er verlange von dem Zessionar die Verwendung des Geldes für die Bauzwecke, und in denen der Zessionar die Verwendungspflicht dem Geldnehmer gegenüber übernommen hat, weil nach ihrer Meinung in diesem Falle für den Zessionar eine gesetzliche Verwendungspflicht entsteht. Diese sei es, welche den Dritten, der die Forderung nicht in den Bau verwenden will, hindern soll, sich die Forderung übertragen zu lassen.

Durch diese Auslegung des Gesetzes wäre die Frage der Abtretbarkeit in allen den Fällen gelöst, in denen der Baugeldgeber eine abgetretene Forderung schlechthin erfüllt. Daß das Gesetz aber über die Abtretung absichtlich nichts bestimmt hat, folgt daraus, daß, obwohl in der Begründung des Gesetzes, wie im Bericht der 13. Kommission

[9]) Kiefe, J. W. 1911, S. 927, III: Die Abtretung mit Verwendungspflicht ist zulässig, nur steht ihre Wirksamkeit beim Baugeldgeber; zahlt er auf die Abtretung, so ist auf eine vollgültige Baugelderzession gezahlt.

die Frage der Abtretbarkeit gestreift ist, keine Vorschrift über die Abtretung gegeben ist.

Die dem Baugeldnehmer obliegende gesetzliche Verwendungspflicht gegenüber den Baugläubigern ist die Folge[10]) eines unter bestimmten Voraussetzungen geschlossenen Vertrages zwischen dem Baugeldgeber und -nehmer. Dieser Vertrag muß daher als die Grundlage des in der Errichtung des Baues bestehenden gemeinsamen wirtschaftlichen Unternehmens das Entscheidende für die Behandlung der Abtretung bilden.

Wollte man eine Abtretung mit Verwendungspflicht im Sinne von Kiefe für den Zessionar zulassen, so hätte dieselbe auch für das vertragliche Verhältnis zwischen dem Baugeldgeber und -nehmer eine bedeutsame Folge: Dann wäre nämlich nicht mehr der Vertragskontrahent, sondern der Zessionar Schuldner des Geldgebers, sobald dieser auf die Abtretung zahlte. Das ergibt sich mit Notwendigkeit aus der nunmehr dem Zessionar obliegenden Verwendungspflicht, denn in dem Maße, wie diese auf den Zessionar übergegangen ist, ist der Vertragskontrahent davon befreit. Zwar besteht die Verwendungspflicht in diesem Falle in der Regel nur noch in der Befriedigung der Baugläubiger, da der Geldnehmer gewöhnlich vorzuleisten verpflichtet ist und der Geldgeber nur zahlt, wenn die der Baugeldrate entsprechende Arbeit für den Bau geleistet ist. Es ist aber gerade diese Befriedigung der Baugläubiger von großem Einflusse auf die Baukosten, da ein Dritter, der mit den Bauvorgängen nicht vertraut ist, der die Abmachungen des Geldnehmers mit den Baulieferanten nicht kennt, nicht in der Lage ist, unberechtigte Forderungen der Baugläubiger zu beurteilen und zurückzuweisen. Daher entspricht eine solche Abtretung, bei der die Befriedigung der Baugläubiger durch den Zessionar herbeigeführt wird,

[10]) Breit, J. W. 1909, S. 403: Die Verwendungspflicht, die das B. S. G. dem Baugeldempfänger auferlegt, ist die bloße Konsequenz der vom Bauunternehmer mit dem Abschluß des Baugeldvertrages übernommenen Verbindlichkeit, das Geld zur Errichtung des Baues zu verwenden.

durchaus nicht den Interessen des Baugeldgebers. Sie steht im Widerspruche mit dem dem Vertrage zugrunde liegenden Vertrauensverhältnisse. Die Feststellung der Ansprüche der Baugläubiger muß daher unter allen Umständen durch den die Bauarbeiten ausführenden Geldempfänger herbeigeführt werden. Eine solche Abrechnung durch den Zedenten entspräche aber auch durchaus nicht immer den Interessen des Zessionars, weil er auf die Zuverlässigkeit seines Zedenten angewiesen wäre, wo gerade die Unzuverlässigkeit nach Kiefe[11]) der Grund sein soll, sich die Forderung abtreten zu lassen. Daß eine solche Zession mit dem Übergange der Verwendungspflicht auf den Zessionar wie dem Interesse des Baugeldgebers auch dem der Baugläubiger widerspricht, ergibt sich aus dem oben angegebenen Grunde, daß der Zessionar nicht zur Herbeiführung der Befriedigung der Baugläubiger geeignet ist. Somit ergibt sich aus rein wirtschaftlichen Gründen eine Verneinung der Abtretbarkeit an Nichtbaugläubiger.

Indessen sind auch rechtliche Gründe gegen die Zulassung der Abtretung an Nichtbaugläubiger zu erheben. Soll die dem Baugeldnehmer obliegende Verwendungspflicht, also eine Schuld, auf einen anderen übergehen, so bedarf es der dafür im Gesetze vorgesehenen Form einer Schuldübernahme, denn das Gesetz kann dem Baugeldgeber keinen anderen Schuldner ohne dessen Willen substituieren nur deshalb, weil er sich bei Erfüllung der abgetretenen Forderung über die beabsichtigten Folgen der Zahlung nicht ausgesprochen hat. Solange eine Schuldübernahme nicht erfolgt ist, wird stets, wenn der Baugeldgeber auf eine Ab-

[11]) Das ergibt sich aus den Worten Kiefes, J. W. 1911, S. 927: Man kann dem Ausgeführten auch nicht entgegenhalten, daß eine solche Abtretung eine praktische Bedeutung nicht habe, denn es kann jeder Gläubiger, sei er Privatgläubiger oder Nachhypothekengläubiger, das größte Interesse an richtiger Fortführung des Baues, Gesundung und Sicherung der finanziellen Verhältnisse des Bauunternehmers, auch unter Umständen auf Sicherung freiwerdender Baugeldraten für sich haben und zu diesem Zwecke sich die Rechte aus dem Baugeldvertrage abtreten lassen.

tretung an einen Dritten, auch am Bau nicht Beteiligten, selbst wenn dieser dem Zedenten gegenüber die Verwendungspflicht übernommen hat, zahlt, der Vertragskontrahent rechtlicher, wenn auch nicht tatsächlicher Empfänger der Baugeldsumme, weil sein bisheriger Anspruch mit der Zahlung erlischt. Darum bleibt auch der Vertragsgegner, nicht der Zessionar für die richtige Verwendung des Geldes verantwortlich; und weil ihm die vertragliche Verpflichtung zur Baugeldverwendung obliegt, behält er auch die gesetzliche. Die gesetzliche und vertragliche Verwendungspflicht sind an dieselbe Person gebunden, und stets ist die Person, an die die gesetzliche Verpflichtung gebunden ist, diejenige, die vertraglich dazu bestimmt ist, nicht aber umgekehrt.

Zum Übergange der gesetzlichen Verwendungspflicht auf den Zessionar bedarf es der Schuldübernahme in den gesetzlichen Formen (§§ 414 und 415 B.G.B.). Entweder muß der Dritte sich mit dem Baugeldgeber durch Vertrag über den Übergang der Verpflichtung einigen, oder aber der Baugeldnehmer und der Dritte schließen einen Vertrag, und der Baugeldnehmer genehmigt ihn. Ohne Einwilligung des Baugeldgebers kann somit der Zessionar nicht Baugeldempfänger im Sinne des Gesetzes werden. Auch von Kiefe[12]) ist festgestellt worden, daß der Baugeldgeber bei einer Zession an einen Nichtbaugläubiger nicht zu zahlen braucht, sondern daß es in sein Belieben gestellt ist, zu erklären, ob ihm der Zessionar bezüglich der Verwendung der Mittel in den Bau genügend Sicherheit gewährt, ob er mit demselben einig geht, weil es sich für den Zessionar dem Baugeldgeber gegenüber um eine Schuldübernahme handelt. Nach ihm liegt aber in der bloßen Erklärung des Dritten, der sich die Forderung abtreten lassen will, das Geld für den Bau zu verwenden, schon die Vorbedingung, daß mit der Zahlung des Geldgebers die Schuld auf den Zessionar übergeht. Es wäre eine ausdrückliche Erklärung des Geldgebers bei der Zahlung erforderlich,

[12]) J. W. 1911, S. 927.

daß er den Schuldübergang nicht will, wenn dieser nicht stattfinden sollte.

Für die Frage, ob der Zessionar Baugeldempfänger im Sinne des Gesetzes ist, ist das Vorhandensein der Schuldübernahme von derartiger Bedeutung, daß grundsätzlich die Auszahlung des Geldes seitens des Geldgebers bei seiner Kenntnis, daß sich der Dritte durch Vertrag mit dem Geldnehmer zur Übernahme der Verwendungspflicht bereit erklärt hat, und das Fehlen dieser Kenntnis gleich zu beurteilen sind. In keinem Falle findet ein Schuldübergang statt, wenn nicht die gesetzlichen Formen desselben beachtet sind. Der Geldnehmer haftet dem Geldgeber dafür, daß das Geld durch Abtretung den Bauzwecken nicht entfremdet wird. Der Baugeldgeber kann mit vertraglicher Wirkung für sich und die Baugläubiger auf jede Abtretung zahlen, solange nicht anzunehmen ist, daß der Baugeldgeber mit der Zahlung eine Änderung des Vertrages beabsichtigt, denn dem Geldgeber liegt weder eine vertragliche, noch gesetzliche Verpflichtung zur Prüfung ob, ob durch die Auszahlung die Gefahr der Zweckentfremdung entsteht.[13])

Der Zessionar wird auch bei Kenntnis des Geldgebers von dem zwischen dem Geldnehmer und dem Zessionar geschlossenen Vertrage kein Baugeldempfänger. Deshalb kann der Zessionar das vom Geldgeber ausgezahlte Geld zu beliebigen anderen Zwecken verwenden, das Gesetz knüpft keine Folgen daran, wenn auch der Geldnehmer vielleicht einen Rückforderungsanspruch wegen Vertragsverletzung hat. In Übereinstimmung hiermit schreibt Breit:[14]) Zediert der Baugeldempfänger einen Teil des Baugeldes an einen Dritten, oder gibt er Anweisung auf das Baugeld, so wird der Zessionar oder der Anweisungsempfänger, auch wenn er Geld auf Grund der Zessions-

---

[13]) Dies trifft allerdings nur dort zu, wo der § 34 B. S. G. noch nicht gilt.

[14]) J. W. 1909, S. 448.

oder Anweisungsurkunde vom Baugeldgeber ausgezahlt erhält, niemals Empfänger von Baugeld im Rechtssinne.

Ferner hat Kiefe[15]) behauptet, daß den Zessionar (bei der von ihm angenommenen Verwendungspflicht) die Strafe aus § 5 B.S.G. um deswillen nicht treffe, weil dieser Paragraph zur Voraussetzung habe, daß die Werk-, Lieferungs- und Arbeitsverträge mit dem Empfänger des Baugeldes geschlossen sind, daß er aber den Baugläubigern für den aus der Nichtverwendung des Geldes in den Bau entstehenden Schaden gemäß § 823 Abs. 2 B.G.B. hafte. Mit Rücksicht auf die oben dargestellte Schuldübernahme muß aber den Zessionar, wenn er zugleich die Schuld in den gesetzlichen Formen übernommen hat, im Falle des Konkurses auch die Strafe aus § 5 B.S.G. treffen. Ist die Schuldübernahme nicht erfolgt, so ist selbstverständlich § 5 B.S.G. nicht auf den Zessionar anwendbar.

§ 20.

4. Die Baugläubiger.

Auf die Frage, welcher Kreis von Personen als Baugläubiger anzusehen ist, gibt das Gesetz selbst Aufschluß: es nennt zwei Arten von Personen, deren durch Leistungen in den Bau entstandene Forderungen für ihre Sicherstellung zur Eintragung einer Bauhypothek (§ 27 B.S.G.) berechtigen. Zu den Baugläubigern gehören die in § 18 B.S.G. und § 19 B.S.G. bezeichneten Personen. Zum Begriffe „Baugläubiger" gehört es nach § 18, daß die Gläubiger an der Herstellung des Gebäudes auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrages beteiligt sind, oder daß sie zur Herstellung des Gebäudes Sachen geliefert haben. Voraussetzung ist in jedem Falle, daß die Werk-, Dienst- oder Lieferungsverträge von dem Eigentümer der Baustelle oder für seine Rechnung geschlossen worden sind.

Unter Nachmännern werden diejenigen in § 18 bezeichneten Personen verstanden, welche zu einem Unternehmer, dem die Herstellung des Gebäudes oder eines Teiles desselben vom Eigentümer der Baustelle übertragen ist, in

[15]) J.W. 1911, S. 927ff., V.

dem in § 18 angegebenen Verhältnisse stehen. Im Falle der Weiterübertragung sind auch die Unterunternehmer und die Personen, welche mit dem Unterunternehmer die bezeichneten Verträge schließen, als Nachmänner anzusehen.

Die Grenze, wieweit die Nachmänner als Baugläubiger anzusehen sind, bestimmt sich aus der Vorschrift, daß der Unternehmer und Unterunternehmer die Ausführung eines Teiles des Gebäudes übernommen haben müssen (§ 19 B.S.G. Abs. 1). Handelt es sich um Personen, die nur kleine Arbeiten, keine einzelnen Teile des Gebäudes auszuführen haben, so sind sie selbst wohl noch, aber nicht mehr diejenigen, welche mit diesen Personen Verträge eingehen, als Baugläubiger anzusehen. Für die Abgrenzung des Kreises der Baugläubiger ist daher der Begriff eines einzelnen Teiles des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung. Der Begriff kann im allgemeinen nicht bestimmt werden, die Bestimmung muß dem Einzelfalle vorbehalten bleiben. Indessen müßte hier wohl der Umfang, die Dauer, die Art der Arbeiten und die Höhe der von dem Unternehmer bezw. von dem Unterunternehmer übernommenen Ausführungssumme berücksichtigt werden.

Aus der Bestimmung des § 19 Abs. 2 ergibt sich noch eine besondere Behandlung der Zulassung der Abtretung an Baugläubiger.

Der Baugeldempfänger muß von seinem Zessionar die Zusicherung verlangen, daß dieser die abgetretene Forderung zur Befriedigung seiner Nachmänner, falls solche vorhanden sind, verwenden will. Diese Zusicherung hat den Zweck, die Nachmänner mit ihren Forderungen in den Bau auszuschließen. Wenn auch zunächst nur der Baugeldempfänger selbst Vorteil aus dieser Zusicherung zieht, so liegt sie aber auch im Interesse des Geldgebers, damit die Nachmänner keine Zwangsvollstreckung in den Bau betreiben — wozu sie nach Eintragung ihrer Forderungen als Bauhypothek berechtigt wären —, wodurch unter gewissen Umständen dem Geldgeber Nachteile entstehen könnten (vergl. S. 26).

In der von dem Zessionar gegebenen Zusicherung liegt auch, daß er sie selbst nicht mehr an andere als an seine Nachmänner abtreten darf. Würde er sie trotzdem abtreten, so wären doch alle Nachmänner des 2. Zessionars durch die von dem 1. Zessionar gegebenen Zusicherung ausgeschlossen. Der Nachweis der von dem Zessionar dem Zedenten gegebenen Zusicherung kann ersetzt werden dadurch, daß die Absicht des Zessionars, die abgetretene Forderung nicht zur Befriedigung seiner Nachmänner zu verwenden, dem Zedenten ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt war.

Diese hier behandelte Abtretung an Nachmänner hat nur dort Bedeutung, wo der 2. Teil des Gesetzes in Geltung ist. An anderen Orten kann der Baugeldnehmer an Dritte abtreten, wenn dadurch die Forderung des Zessionars in den Bau erlischt.

Dritter Teil.

Die Bedeutung der Sicherstellung des Rückerstattungsanspruches.

§ 21.

1. Einleitung.

Für den Baugeldnehmer besteht nach § 1 B.S.G. eine gesetzliche Verpflichtung, das Baugeld nur zur Befriedigung bestimmter Personen zu verwenden. Die an die Nichtbeachtung dieser Vorschrift geknüpften gesetzlichen Folgen (§ 5 B.S.G) treten auch dann ein, wenn der Baugeldnehmer in unzulässiger Weise abtritt.

Hiermit äußert die oben erkannte unzulässige Abtretung zunächst nur Folgen für den Baugeldnehmer. Es fragt sich, ob es in das freie Belieben des Geldgebers gestellt ist, jede abgetretene Forderung, auch wenn die Abtretung nach Obigem unzulässig ist, zu erfüllen, oder ob die Erfüllung einer abgetretenen Forderung nicht insofern Folgen für den Baugeldgeber nach sich zieht, als die Erfüllung unzulässig abgetretener Forderungen seine Rück-

forderungsansprüche gefährdet, und insofern, als für die Baugläubiger irgendwelche Ansprüche gegen den Geldgeber entstehen, wenn er unzulässig abgetretene Forderungen erfüllt.

Um die Bedeutung der Sicherstellung zu ermitteln, ist zu untersuchen: Inwieweit können die Parteien durch Vereinbarung den Verwendungszweck ohne Rücksicht auf die Sicherstellung ändern?

Wenn sich eine Vertragsänderung mit Rücksicht auf die Sicherstellung verbietet, so ist weiter zu prüfen, wann die Erfüllung der abgetretenen Forderung eine unzulässige Vertragsänderung ist und diese den Verlust der bestellten Sicherheit zur Folge hat.

Aus diesen beiden Untersuchungen ergibt sich dann die Zulassung und Verneinung der Abtretung von Baugeldforderungen mit Rücksicht auf die gewählte Sicherstellung.

Zum Begriffe des Baugeldes gehört es, daß die Sicherstellung des als Darlehn gezahlten Geldes in bestimmter, vom Gesetze vorgeschriebener Weise erfolgt (§ 1 Abs. 3 B.S.G.). Die Sicherstellung der Ansprüche des Baugeldgebers muß erfolgen entweder:

1. Durch Bestellung einer Hypothek an dem zu bebauenden Grundstücke oder

2. durch Bestellung einer Grundschuld,

3. dadurch, daß die Übertragung des Eigentums erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues erfolgt.

2. Nachträgliche Abänderung des Baugeldervertrages.

§ 22.

A. Die Sicherstellung durch Bestellung einer Hypothek.

Für die Entstehung einer Hypothek ist das Vorhandensein eines persönlichen Schuldverhältnisses erforderlich (§ 1113 B.G.B.). Nach § 1115 B.G.B. muß neben der Bezeichnung des Gläubigers, dem Geldbetrage der Forderung, dem Zinssatze und anderen Nebenleistungen noch eine

nähere Bezeichnung der Forderung im Grundbuche erfolgen. Zu dieser näheren Bezeichnung gehört auch die Angabe des Grundes der Forderung.[1]) Hierfür ist es ausreichend, wenn das der Forderung zugrunde liegende Schuldverhältnis sich aus dem Inhalte der Eintragungsbewilligung ergibt. Im Interesse der Sicherheit des Grundbuchverkehrs muß verlangt werden, daß die Bewilligung in klaren, ein Mißverständnis ausschließenden Worten über die Art des Schuldverhältnisses Auskunft gibt.[2])

Bei Bestellung der Hypothek für die Hingabe der Baugelder kann die Angabe des Schuldgrundes in zweierlei Weise erfolgen:

1. Als Schuldgrund wird ohne jede weitere Angabe über den Zweck der Hingabe und die Verwendungspflicht der geliehenen Gelder ein Darlehn bezeichnet.

2. Als Schuldgrund wird ein Darlehn zur Errichtung eines Baues bezeichnet. Dieser Schuldgrund kann auch durch die Bezeichnung der Hypothek als Baugeldhypothek[3]) genügend gekennzeichnet werden.

Zu 1.: Auch bei Überlassung von Baugeldern kann die Zulässigkeit dieser Art der Schuldgrundbezeichnung als einfaches Darlehn nicht bestritten werden, da es in das freie Belieben der Parteien gestellt ist, das Grundstück für jede Summe haften zu lassen, die dem Geldnehmer als Darlehn überlassen wird. Es folgt aber auch insbesondere daraus, daß die Sicherstellung der Rückforderungsansprüche durch Bestellung einer Grundschuld erfolgen kann, zu deren Eintragung ein persönliches Schuldverhältnis nicht nur nicht erforderlich, sondern die Angabe desselben im Grundbuche ausgeschlossen ist.

[1]) Predari, Grundbuchordnung, S. 219; Staudinger, § 1115, I 5a; Kommentar von Reichsgerichtsräten § 1158 und daselbst die Literatur.

[2]) K.G.J. 21 A., S. 139.

[3]) Man wird annehmen können, daß auch dort, wo der 2. Teil des Gesetzes nicht in Wirksamkeit ist, die Bezeichnung des Schuldgrundes durch Bezeichnung der Hypothek als Baugeldhypothek genügt, ohne daß damit natürlich weitere gesetzliche Folgen als aus dem ersten Teile des Gesetzes sich ergeben.

Da bei dieser Art der Sicherheitsbestellung die Belastung des Grundstückes nicht als durch ein Baugelderdarlehn hervorgerufen erscheint, so können die vertragsschließenden Parteien nicht nur bei Abschluß des Vertrages vereinbaren, daß das Grundstück auch für andere als zu Bauzwecken darlehnsweise bezahlte Beträge haften soll, sie können auch nach Bestellung der Hypothek jederzeit die Vereinbarung treffen, daß eine vom Baugeldgeber zu zahlende Summe zu anderen als Bauzwecken verwendet und daß die Zahlung auf die zugesicherte Baugeldsumme angerechnet werden soll.

Wenn auch im allgemeinen der Baugeldgeber auf Anfrage des Geldnehmers mit der zweckentfremdenden Bestimmung des Geldes nicht einverstanden sein wird, da hierdurch dem zu seiner Sicherheit dienenden Baue die Mittel für die Errichtung entzogen werden, so ist doch eine solche Änderung des Verwendungszweckes des Geldes als durchaus zulässig zu erachten, ohne daß die Haftung des Grundstückes von der Vertragsänderung berührt wird. Es ist auch nicht einmal erforderlich, daß für die Vertragsänderung eine Änderung in dem Grundbuche vorgenommen wird.

Zu 2.: Unter der Baugeldhypothek wird eine Hypothek verstanden, die für die Gewährung eines Baugelderdarlehns an dem zu bebauenden Grundstücke bestellt wird. Diese Baugeldhypothek entsteht nur nach Maßgabe der wirklich von dem Baugeldgeber gezahlten Baugelder mit dem Vorrang vor Bauhypotheken und vor dem Bauvermerke (§ 34 B.S.G.). Zahlt der Baugeldgeber nur an den Baugeldnehmer, so geschieht die Zahlung stets in Anrechnung auf die Baugeldhypothek. Im weiteren gibt § 34 B.S.G. Bestimmungen, wann bei Auszahlung von Baugeldern an andere als den Baugeldnehmer die Geldzahlungen auf den Betrag der Baugeldhypothek angerechnet werden können. Hier gilt für den Geldgeber die überaus wichtige Vorschrift, daß, wenn er auf eine Forderung zahlt, die nicht Bauforderung ist, der Baugeldhypothek nur dann der

Vorrang gebührt, wenn ihm nicht bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, daß die Forderung keine Bauforderung war. Durch diese Bestimmungen ist es ausgeschlossen, daß durch Parteivereinbarung der Verwendungszweck geändert werden kann, ohne daß in der bestellten Sicherheit eine Änderung eintritt. Wird die Verwendungspflicht auf Grund von Parteivereinbarung aufgehoben, so erstreckt sich die bestellte Baugeldhypothek in keinem Falle auf die Zahlung mit aufgehobener Verwendungspflicht. Soll eine dingliche Haftung des Grundstückes auch für diese Zahlung eintreten, so muß der Schuldgrund der bestellten Hypothek geändert werden.[4]) Der neuen Hypothek liegt dann ein anderes Schuldverhältnis, eine andere Forderung zugrunde, und es gelten, wenn als Schuldgrund allgemein ein Darlehn angegeben wird, die Ausführungen unter 1. Die Folge der Schuldgrundänderung ist aber, daß die neue Hypothek in ihrer ganzen Höhe nicht den Bauhypotheken und dem Bauvermerke im Range vorgeht. Denn die Vorschrift des § 34 B.S.G. gilt nur für eine Hypothek, die bei der Eintragung als Baugelderhypothek bezeichnet ist (§ 33 B.S.G.). Die Parteien können aber, wenn für die gezahlte Summe das Grundstück dinglich haften soll, einen anderen Weg wählen. Es kann für diese Summe noch eine andere Hypothek für den Geldgeber bestellt werden; dann gilt aber für diese Hypothek, was vorhin für die ganze Hypothek galt, nämlich diese Hypothek kommt im Range hinter dem Bauvermerke und den Bauhypotheken. An dem Range der Baugeldhypothek wird selbstverständlich durch die Eintragung der anderen Hypothek nichts geändert.

Erfolgt die Bezeichnung der einzutragenden Hypothek nicht als Baugeldhypothek, sondern wird bei der Bestellung auf den Baugeldervertrag Bezug genommen, so ergeben sich ähnliche Verhältnisse wie bei Bestellung einer

[4]) Die Bestellung der neuen Hypothek hat den Vorschriften des § 1180 B.G.B. gemäß zu erfolgen.

Baugeldhypothek.[5]) Die Parteien können die Verwendungspflicht in bezug auf das zu zahlende Baugeld nicht ändern, ohne den Verlust der dinglichen Haftung für diese Summe herbeizuführen. Soll aber wie vorhin das Grundstück auch für eine Geldrate mit aufgehobener Verwendungspflicht haften, so muß entweder der Schuldgrund der bestellten Hypothek geändert werden, so daß eine Haftung des Grundstückes für eine Darlehnssumme mit aufgehobenem Verwendungszweck stattfinden kann, oder aber es muß für diese Summe eine besondere Hypothek bestellt werden. Solange diese Hypothek zusammen mit der zuerst bestellten Hypothek den Betrag dieser nicht übersteigt, gebührt ihr der Vorrang vor anderen schon bestellten Hypotheken. (§ 1180 B.G.B.)

§ 23.

B. Die Sicherstellung durch Bestellung einer Grundschuld.

Wird zur Sicherung der Rückforderungsansprüche des Geldgebers an dem zu bebauenden Grundstücke eine Grundschuld bestellt, so stellt sich die Belastung des Grundstückes äußerlich als ohne persönliche Forderung bestehend dar. (§ 1191 B.G.B.)

Für die Haftung des Grundstückes ist es vollständig bedeutungslos, daß die Forderung des Baugeldgebers aus der Hingabe des Baugeldes entstanden ist, da die aus dem Grundstücke zu zahlende Geldsumme eine abstrakte Summenschuld ist. Solange die der eingetragenen Grundschuld entsprechende Baugeldsumme von dem Baugeldgeber nicht gezahlt ist, hat der Baugeldnehmer es in der Hand, einen Anspruch des Geldnehmers auf die gesamte eingetragene Höhe der Grundschuld nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung in bezug auf die noch nicht gezahlte Summe zu Fall zu bringen. Denn die Bestellung der Grundschuld geschieht in der Erwartung, daß

[5]) Das hier dargestellte gilt auch in den Gemeinden, in denen der 2. Teil des Gesetzes nicht gilt, die Hypothek im Grundbuch aber als Baugeldhypothek bezeichnet ist. Vergl. Anm. 3 auf S. 58.

der Geldgeber die eingetragene Summe wirklich zahlt. Aus der Unabhängigkeit der Grundschuld von dem persönlichen Schuldgrunde folgt aber, daß der Geldnehmer eine ungerechtfertigte Bereicherung des Geldgebers nicht geltend machen kann, wenn dieser aus irgendeinem Grunde eine Forderung gegen den Geldnehmer hat.

Daher können auch die Vertragsparteien wie vor, so auch nach der Bestellung der Grundschuld vereinbaren, daß die Grundschuld auch für Forderungen aus anderen Schuldverhältnissen als aus dem Baugeldervertrage haften soll. Damit ist zugleich die Möglichkeit gegeben, daß der Baugeldgeber den Baugeldnehmer auf sein Ansuchen von der Verwendungspflicht befreit, ohne daß in der bestellten Sicherheit für den Baugeldgeber eine Änderung eintritt.

§ 24.

C. Sicherstellung durch Übertragung des Eigentums nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues.

Diese Art der Sicherstellung wird im allgemeinen dort gewählt werden, wo der Baugeldgeber zugleich der Verkäufer des zu bebauenden Grundstückes ist, und wo die aus dem Kaufe verpflichtende Eigentumsübertragung auf die Zeit der gänzlichen oder teilweisen Fertigstellung des Baues hinausgeschoben wird.

An und für sich wäre es aber auch nicht denkbar, daß derjenige, welcher von einem anderen ein Baugelddarlehn zu nehmen wünscht, erst diesem das Eigentum an dem zu bebauenden Grundstücke übertrüge.

Die Sicherstellung der Rückforderungsansprüche geschieht dadurch, daß die für die Errichtung des Gebäudes erforderlichen Baustoffe durch ihre Verbindung mit dem Grundstücke als wesentliche Bestandteile nach § 946 B.G.B. in das Eigentum des Grundstückseigentümers fallen. Mit dem Augenblicke der Einfügung der Baustoffe in den Bau gehen sie sämtlich, gleichgültig, ob sie zuvor erst in das Eigentum des Baugeldnehmers übergegangen sind, sofort in

das Eigentum des Baugeldgebers über. Auch hier kann der Geldgeber jederzeit vereinbaren, daß das als Baugeld versprochene Geld zu anderen als zu Bauzwecken verwendet werden darf, da der Baugeldgeber sich für jede seiner Forderungen eine Hypothek an dem später zu übereignenden Grundstücke bestellen lassen kann. Es liegt aber in der Abänderung des Verwendungszweckes eine gewisse Gefahr für den Baugeldgeber.

Infolge anderweitiger Verwendung des Baugeldes können sich die Vermögensverhältnisse des Baugeldnehmers derartig verschlechtern, daß dieser nicht mehr imstande ist, die Forderungen der Baugläubiger zu befriedigen. Entschließt sich nun der Baugeldgeber, das Eigentum an dem Grundstücke auf den Baugeldnehmer zu übertragen, etwa weil das Gebäude fertiggestellt ist, so entledigt er sich jedes Rückgriffsrechtes der Baugläubiger, das diesen auf Grund des § 951 B.G.B. nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zustehen würde. Behält er dagegen das Grundstück, das nur erst zum Teil fertiggestellt ist, in seinem Eigentume, da er wegen des Vermögensverfalles den Baugeldnehmer nicht mehr zur Fertigstellung des Baues für geeignet hält, so kann der Baugeldgeber in die Lage kommen, bereits gezahltes Baugeld nochmals zu zahlen, da den Baugläubigern die Ansprüche aus § 951 B.G.B. zustehen. Es kann aber auch sein, daß er sich zur nochmaligen Zahlung des Geldes entschließen muß, nur um die Baugläubiger zu weiteren Lieferungen und Arbeiten zu veranlassen.

§ 25.

3. Die Erfüllung einer abgetretenen Forderung als Vertragsänderung.

Wie oben ausgeführt ist, kann in dem Falle, daß bei Bestellung einer Hypothek als Schuldgrund ein Darlehn mit dem Verwendungszwecke angegeben oder daß eine Baugeldhypothek bestellt ist, nicht schlechthin der Verwendungszweck auf Grund gemeinsamer Vereinbarung geändert

werden, soll nicht die bestellte Sicherheit für die Summe mit aufgehobenem Verwendungszweck verloren gehen.

In allen übrigen Fällen, in denen diese Art der Sicherstellung nicht gewählt ist, kann sich daher die Abtretbarkeit der Baugeldforderung mit Rücksicht auf die Sicherstellung nicht verbieten, selbst wenn etwa in der Erfüllung einer abgetretenen Forderung eine Vertragsänderung zu sehen wäre.

Es ist daher hier nur der Fall zu untersuchen, wenn im Falle der Bestellung einer Hypothek mit Angabe des Verwendungszweckes im Grundbuche oder einer Baugeldhypothek die Erfüllung der Abtretung eine Vertragsänderung ist, durch die die bestellte Sicherheit verloren geht.

Tritt der Baugeldnehmer eine Forderung an einen Dritten ab, so äußert er damit zugleich den Willen, daß er zur Rückzahlung verpflichtet sein will, sobald der Geldgeber an den Zessionar zahlt. Von dem Zedenten kann eine andere Absicht, als daß er selbst zur Rückzahlung verpflichtet sein will, nicht bestehen, denn eine Abtretung, bei der auch die Rückzahlungspflicht an den Zessionar übergehen soll, ist als unzulässig erkannt worden. Es fragt sich aber, ob im Falle einer Abtretung an einen Nichtbaugläubiger in der Abtretung des Zedenten die Absicht liegt, den Verwendungszweck, also den Vertrag, zu ändern, und ob aus der Erfüllung der abgetretenen Forderung eine Einwilligung seitens des Geldgebers in die Vertragsänderung entnommen werden kann.

Hier darf es sich selbstverständich nicht um solche Fälle handeln, in denen das Gesetz dem Geldnehmer den anderweitigen Gebrauch des Geldes gestattet. (§ 1 B.S.G. Abs. 2.) Genau so wie der Geldnehmer Baugelder für andere Zwecke nach dem Empfang des Geldes bis zur Höhe des Betrages anderweitig verwenden darf, in welcher er aus anderen Mitteln Baugläubiger bereits befriedigt hat, so darf er sich auch in solchen Fällen der Gelder durch Abtretung entäußern. Das gleiche darf er in dem Falle, in dem der Baugeldnehmer selbst an der Herstellung des Baues beteiligt ist. Hier darf er aber nur die Summe abtreten, die der

Hälfte des angemessenen Wertes der von ihm in den Bau verwendeten Leistung entspricht oder, wenn die Leistung noch nicht in den Bau verwendet ist, der von ihm geleisteten Arbeit und der von ihm gemachten Auslagen.

Liegen diese Fälle nicht vor, so ist die Abtretung an einen Nichtbaugläubiger für den Geldnehmer eine Vertragsänderung, da er sich mit der Abtretung jedes Rechtes an der Forderung entäußert. Für den Baugeldgeber kann aus der Erfüllung der abgetretenen Forderung die Absicht der Vertragsänderung nicht entnommen werden, wenn ihm unbekannt ist, daß der Zessionar in keiner Beziehung zum Bau steht. Hier ist aber der wichtige Unterschied zu machen, ob die bestellte Sicherheit eine Baugeldhypothek ist, oder ob der andere hier zur Voraussetzung gemachte Fall vorhanden ist, nämlich daß als Schuldgrund das Darlehn mit Verwendungszweck in das Grundbuch eingetragen ist. Ist eine Baugeldhypothek bestellt, so würde bei Erfüllung der abgetretenen Forderung, die also nicht Bauforderung ist, nach § 34 B.S.G. der Baugeldhypothek in bezug auf die gezahlte Summe nur dann der Vorrang vor dem Bauvermerke gebühren, wenn dem Baugeldgeber zur Zeit der Erfüllung bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, daß die Forderung nicht bestanden hat. Bei Abtretung der Forderung an eine Person, der keine Bauforderung zusteht, entnimmt somit das Gesetz der Erfüllung der abgetretenen Forderung bei Kenntnis oder auf grober Fahrlässigkeit beruhender Unkenntnis von dem Nichtbestehen der Forderung als Bauforderung die Absicht der Einwilligung in die Vertragsänderung und stellt die Haftung des Grundstückes im Range hinter den Bauvermerk, und damit hinter die Bauhypotheken zurück (§ 34 B.S.G.).

In den Gemeinden, in denen eine Sicherung der Bauforderungen nach den Vorschriften des 2. Teiles des Gesetzes nicht stattfindet, können die hier dargestellten Folgen bei Erfüllung einer abgetretenen Forderung bei Kenntnis oder auf grober Fahrlässigkeit beruhender Unkenntnis (des Nichtbestehens der Bauforderung) nicht in dem

dargestellten Umfange eintreten. Wenn man auch im allgemeinen dem Baugeldgeber keine Prüfungspflicht bezüglich des Bestehens einer Forderung auferlegen kann, so ist doch aus der Erfüllung einer abgetretenen Forderung bei Kenntnis oder auf grober Fahrlässigkeit beruhender Unkenntnis von dem Nichtbestehen der Bauforderung die Absicht der Vertragsänderung für den Baugeldgeber zu entnehmen. Ist daher bei der bestellten Hypothek als Schuldgrund die Darlehnsforderung mit Verwendungszweck angegeben, so tritt in solchem Falle die bestellte dingliche Haftung für die erfüllte abgetretene Forderung nicht ein. Selbstverständlich ist es in das Belieben des Geldgebers gestellt, sich für diese Forderung eine andere Hypothek bestellen oder den Schuldgrund im Grundbuche ändern zu lassen.

§ 26.

4. Ergebnis.

Aus dem Dargestellten ergibt sich, daß die vom Gesetze vorgesehenen Arten der Sicherstellung für die Rückforderungsansprüche der Zulassung der Abtretung von Baugeldforderungen nicht entgegenstehen. Dieses gilt bei jeder Art, ob die Abtretung an Baugläubiger oder an andere Personen erfolgt. Wird aber die Forderung an Nichtbaugläubiger abgetreten, so haftet bei Erfüllung der abgetretenen Forderung die bestellte Sicherheit für den Fall, daß die bestellte Hypothek eine Baugeldhypothek ist, oder daß bei Bestellung der Hypothek auf den Baugeldervertrag Bezug genommen ist, nur dann, wenn dem Baugeldgeber bei der Zahlung unbekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht unbekannt geblieben ist, daß die Forderung keine Bauforderung war.

---

§ 27.

Die Pfändbarkeit.

Mit der Beantwortung der Frage nach der Abtretbarkeit ist auch die Frage der Pfändbarkeit gelöst. (Vergl. S. 9 ff.) In allen Fällen der Zulassung oder Verneinung der Abtret-

barkeit besteht auch die Zulassung oder Verneinung der Pfändbarkeit. Wie gegen die Zulassung einer Abtretung an Baugläubiger gesetzliche Bedenken nicht bestehen, vielmehr wirtschaftliche Bedürfnisse die Zulassung fordern, so verhält es sich auch mit der Pfändbarkeit. Die Interessen des Baugläubigers müssen geschützt werden dadurch, daß er zur Befriedigung seiner Ansprüche die fälligen, auf seine Arbeiten versprochenen Baugelder pfänden lassen kann, damit ihm andere Baugläubiger nicht zuvorkommen, sei es dadurch, daß sie Zahlung durch den Baugeldnehmer erhalten oder sich Baugeldforderungen abtreten lassen.

Nach § 851 Abs. 2 Z.P.O. kann eine nach § 399 B.G.B. nicht übertragbare Forderung insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist. Für vorliegende Bearbeitung würde diese Vorschrift bedeuten, daß auch von Nichtbaugläubigern die Forderungen gepfändet, wenn auch nur zur Einziehung überwiesen werden könnten.

Indessen ist diese Auffasung abzulehnen, weil diese Pfändung der vertraglichen und gesetzlichen Verwendungspflicht widerspricht. Die Vorschrift des Abs. 2 gewinnt aber dann eine Bedeutung, wenn im Baugeldervertrage allgemein verabredet ist, daß eine Abtretung, folglich auch an Baugläubiger, unzulässig sein soll. In solchem Falle kann trotzdem an Baugläubiger, soweit bei Vorhandensein des Abtretungsverbotes eine Abtretung zulässig wäre, eine Baugeldforderung gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, weil der geschuldete Gegenstand, nämlich das Geld, der Pfändung unterworfen ist. Enthält dagegen der Baugeldervertrag ein Abtretungsverbot nicht, so ist eine Pfändung nach Maßgabe der Zulassung einer Abtretung zuzulassen.

Lebenslauf.

Ich, Friedrich Wilhelm Meyer, wurde am 15. März 1882 als Sohn des verstorbenen Restaurateurs Wilhelm Meyer und seiner Ehefrau Minna, geb. Abel, zu Kissenbrück, Kreis Wolfenbüttel, geboren und katholisch getauft.

Ich besuchte die Städtische Oberrealschule zu Braunschweig. Nach Erlangung des Reifezeugnisses daselbst im Jahre 1903 betrieb ich an der Herzoglich Technischen Hochschule zu Braunschweig ein neunsemestriges Studium des Ingenieurbauwesens. Im Jahre 1905 bestand ich die Diplom-Vorprüfung und im Jahre 1907 die Diplom-Hauptprüfung mit Auszeichnung. Auf Grund beider Prüfungen, deren Gesamtergebnis „gut bestanden" war, wurde mir der Grad eines Diplom-Ingenieurs verliehen.

Seit August 1908 bin ich beim Städtischen Brückenbauamte der Stadt Breslau angestellt. Hier habe ich neben der Ausübung meines Berufes als Gasthörer an der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität vom Winter-Semester 1909/10 bis zum Sommer-Semester 1912 6 Semester Rechtswissenschaft studiert. Dieses Studium habe ich durch Ablegung des Doktorexamens abgeschlossen. Ich bestand das Rigorosum am 27. Juni 1913.

Ich bin Herzogl. Braunschweigischer Staatsangehöriger und seit 1908 verheiratet.